

Zweiter Beratungsgegenstand:

**Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit
im Gesundheitswesen**

1. Referat von Professor Dr. *Joachim Lege*, Greifswald

Inhalt

	Seite
I. Vorüberlegungen	114
1. Knappheit und Gerechtigkeit	114
2. Krankheit und Gesundheit	114
3. Das sogenannte Gesundheitswesen	116
II. Der Befund: Verteilungskämpfe im „Gesundheitswesen“ . .	117
1. Die „Gesundheitsgüter“	117
a) Leistungen zur Krankenbehandlung	117
aa) Ärztliche Behandlung (ambulant und stationär) .	117
bb) Arzneimittel, Heil- und Hilfsmittel	119
cc) Sonstige Leistungen	119
b) Krankengeld und sonstige Geldleistungen	119
2. Die Finanzierung	120
a) Privat Versicherte/PKV	121
b) Gesetzlich „Versicherte“/GKV	121
c) Steuerzahler/Staat	123
3. Die Verteilungsmechanismen	124
a) Der Sektor der PKV: Marktmodell (iustitia commutativa)	124
b) Der Sektor der GKV: Zuteilungsmodell (iustitia distributiva)	124
aa) Letzt- und Zwischenanbieter, Letzt- und Zwischennachfrager	125
bb) Insbesondere: Der Gesundheitsfonds	126
cc) Die Verteilung in den einzelnen Leistungssektoren	127
dd) Zum Abschluss: Der Gemeinsame Bundes- ausschuss	130
4. Das Umfeld	131

III. Diagnose: Ein System kleiner Ungerechtigkeiten	132
1. Das Nebeneinander von PKV und GKV	132
2. Abkoppelung der Verteilungs- von der Erwirtschaftungs- gerechtigkeit	134
3. Hin- und Herschieben von Knappheitsproblemen	136
4. Ungerechte Prinzipien	137
IV. Therapie: Mehr Recht (iustitia legalis)!	138
1. Sozialstaatsprinzip i.V.m. Gleichheitssatz	139
a) Das Soziale unter Gleichen/Ungleichen: Solidarität und Fürsorge	139
b) Folgerungen für das Gesundheitswesen	140
2. Freiheitsrechte contra Kungelei	144
a) Neue Aufgaben für die negative Vereinigungsfreiheit	144
b) Europäisches Recht contra PKV-Privileg	146
3. Klare Regeln, klare Kompetenzen	147
4. Verhinderung von Missbrauch	148
V. Schlussbemerkung.	148

I. Vorüberlegungen

1. Knappheit und Gerechtigkeit

Zuallererst müssen wir uns vergegenwärtigen: Knappheit und Gerechtigkeit sind nicht von Natur gegeben. Bei der Gerechtigkeit leuchtet dies unmittelbar ein: Dass man über die gerechte Lösung eines Falles lange streiten kann, und zwar mit guten Gründen, ist für Juristen alltägliche Erfahrung. Alltägliche Erfahrung ist zudem, dass eben deshalb nach einiger Zeit entschieden werden muss – mit der Folge, dass für eine der beiden Seiten das Recht, das gesprochen oder gesetzt wird, ungerecht erscheint. „Gerechtigkeit“ heißt also: Das positive Recht könnte auch anders sein, ohne deshalb schon ungerecht zu sein. Ein großer deutscher Philosoph hat Gerechtigkeit deshalb als „Kontingenzformel“ bezeichnet.¹

Weniger deutlich liegt auf der Hand, dass auch „Knappheit“ eine Kontingenzformel ist, d.h. eine Bezeichnung dafür, dass alles anders sein könnte. Man kann dies am besten an der Zeit veranschaulichen: Unsere Lebenszeit ist *endlich*. Aber „endlich“ ist nicht gleich „knapp“. *Knapp* wird Zeit erst dann, wenn sie zum Gegenstand von Entscheidungen wird, sei es, weil andere uns unsere Zeit stehlen wollen, sei es, weil wir selbst zu viele konkurrierende Wünsche haben. Parallel dazu zeigt sich im Bereich der Wirtschaft, also dort, wo es um die Produktion und Verteilung von Gütern geht: Knappheit ist das Schlüsselwort dafür, dass alles anders sein könnte, ja *sollte*.² Ich fasse zusammen in

These 1: Knappheit und Gerechtigkeit sind Kurzformeln dafür, dass die Verteilung von Gütern unvollkommen ist, genauer: dass sie unserem Wunsch nach einer besseren Welt widerspricht.

2. Krankheit und Gesundheit

In gewisser Weise sind auch die Begriffe „Gesundheit“ und „Krankheit“ Kontingenzformeln. Vor allem aber sind es Relationsbegriffe, die sich gegenseitig definieren. Nach der Definition der Weltgesundheitsorganisation (WHO) ist Gesundheit der „Zustand vollständigen körper-

¹ N. Luhmann Das Recht der Gesellschaft, 1993, 214ff.

² Auch Knappheit ist, maW, ein normativer Begriff, vgl. N. Luhmann Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1988, 65: „Das Bezugsproblem der Wirtschaft ist (...) das soziale Problem des gegenwärtigen Leidens an der Knappheit, die andere verursachen.“ Und dazu in der Fußnote: „Dies, wohlgemerkt, hat zwei Seiten: (1) die anderen eignen sich etwas an, was man selbst haben möchte; und (2) die anderen arbeiten nicht genug.“

lichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens“, und Krankheit ist offenbar dessen Gefährdung.³ Demgegenüber definiert das Bundessozialgericht: Krankheit i.S.d. § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V sei „ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf und/oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat“⁴. „Krankheit“ gleich „regelwidrig“ – also ist Gesundheit offenbar die Regel. Nach WHO-Definition hingegen erscheint Gesundheit als Ausnahme: Wann ist man schon *vollständig* körperlich, geistig und sozial glücklich?

Ich glaube, man sollte daraus im Hinblick auf das Recht drei Konsequenzen ziehen. Erstens: Gesundheit ist primär ein privates Gut. Es gibt, Stichwort Kontingenzformel, verschiedene Möglichkeiten, sich wohl zu fühlen, und insofern darf jeder gern nach Vollkommenheit streben.⁵ Zweitens: Gesundheit als *öffentliches* Gut – früher sagte man Volksgesundheit⁶ – kann nicht heißen, dass der Staat jedem das subjektive Maximum an Wohlbefinden beschaffen müsste. Vielmehr kann der Staat sich einigermaßen objektiv nur am negativen Wert orientieren, er muss daher lediglich die nötige Vorsorge⁷ gegen Krankheit gewährleisten, um seiner grundrechtlichen Schutzpflicht⁸ zu genügen. Allerdings ist drittens zuzugestehen: Was Krankheit und was die nötige Vorsorge gegen Krankheit sind, ist relativ – ebenso wie Armut.⁹ Man vergleicht sich mit anderen, denen es besser geht, und fühlt sich dann eben arm oder krank oder unterversorgt.¹⁰ – Ich halte fest als

³ „Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity“ (<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>).

⁴ BSGE 35, 10 (12) – Kieferorthopädische Behandlung (U. v. 20. 10. 1972) –. Das Gericht fährt fort: „Als regelwidrig hat der Senat einen Körperzustand beurteilt, der von der durch das Leitbild des gesunden Menschen geprägten Norm abweicht. Der seinerseits nicht leicht zu umschreibende Begriff der „Gesundheit“ ist dabei für die Rechtspraxis ausreichend mit dem Zustand gleichzusetzen, der dem Einzelnen die Ausübung der körperlichen Funktionen ermöglicht.“

⁵ ... vergleichbar dem *pursuit of happiness* der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung vom 4. 7. 1776.

⁶ U. Steiner Das Bundesverfassungsgericht und die Volksgesundheit, MedR 2003, 1 ff.

⁷ Vgl. § 12 Abs. 1 SGB V: notwendige Versorgung; s. auch § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V.

⁸ BVerfGE 115, 25 (44f.) – Bioresonanztherapie (U. v. 6. 12. 2005, deshalb sog. Nikolausbeschluss) –; näher dazu unten bei und in Fn. 176.

⁹ Zum absoluten und relativen Armutsbegriff etwa W. Hanesch Armut, in: D. Kreft/I. Mielenz (Hrsg.), Wörterbuch Soziale Arbeit, 5. Aufl. 2005, 99 (99); J. Boeckh Einkommen und soziale Ausgrenzung, in: E.-U. Huster/J. Boeckh/H. Mogge-Grotjahn (Hrsg.) Handbuch Armut und soziale Ausgrenzung, 2008, 282 (288).

¹⁰ In einem gesunden Staat sollten freilich die Armen und die Kranken die Ausnahme sein, vgl. Platon Politeia (Der Staat), 555d-556e.

These 2: Gesundheit ist primär nicht ein öffentliches, sondern ein privates Gut. Was Krankheit und die nötige Vorsorge gegen Krankheit sind, ist relativ – ebenso wie Armut.

3. Das sogenannte Gesundheitswesen

Was ist das Gesundheitswesen?¹¹ Das „Gesundheitswesen“ ist zunächst einmal ein großer Haufen Geld. In Deutschland wurden im Jahr 2008 für medizinische Leistungen 263,3 Mrd. Euro ausgegeben¹², das ist fast genauso viel wie der Haushalt des Bundes im selben Zeitraum (283,2 Mrd. Euro¹³). Große Haufen Geldes führen nun verbreitet zu dem Wunsch, sich davon seinen Teil zu sichern – und vielleicht auch noch ein bisschen mehr. Es wird immer auch unverschämte Patienten geben, auch profitgierige Ärzte, auch korrupte Funktionäre – immer Trittbrettfahrer, Wunderheiler, Ausbeuter, Vordränger – kurz: immer die üblichen Schurken,¹⁴ uns selbst bei passender Gelegenheit eingeschlossen. Nicht zuletzt gegen sie sollte, um an unser Gesamtthema zu erinnern, das Recht schützen.

Ich möchte im Folgenden zunächst untersuchen, wo es im deutschen Gesundheitswesen Knappheit und, daraus folgend, Verteilungskämpfe gibt. Ich will danach behaupten, dass sich aus der Art dieser Kämpfe auf ein ungerechtes, wenn man will: krankes System schließen lässt. Schließlich will ich als Therapie vorschlagen, sich künftig mehr auf das Recht als auf die Gerechtigkeit zu konzentrieren.

¹¹ Auf den Bildschirmen der (bundesrepublikanischen) Staatsrechtslehre erscheint es jedenfalls noch nicht lange, so etwa im „Handbuch des Staatsrechts“ erst seit *P. Axer* Gesundheitswesen, in: HStR ³2006, § 95; s. aber schon *L. von Stein* Das Gesundheitswesen, 1867 (das damals auch die gesundheitsrelevanten Teile des Baupolizeirechts, Lebensmittelrechts, Gewerberechts usw. umfasste).

¹² Süddeutsche Zeitung vom 7. 4. 2010, 19. – *Bundesministerium für Gesundheit* Daten des Gesundheitswesens 2010 (<http://www.bmg.bund.de>), dort die Daten zu 2008 unter Gliederungspunkt 9.1; *Statistisches Bundesamt Deutschland* Gesundheitsausgaben 2006–2008 (<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Gesundheit/Gesundheitsausgaben/Tabellen/Content50/Ausgabentraeger,templateId=renderPrint.psm1>). – Allerdings *nota bene*: In diesen 263,2 Mrd. Euro sind *auch* die Leistungen der sozialen und privaten Pflegeversicherung enthalten, ferner Leistungen der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung, der Arbeitgeber, der öffentlichen Haushalte und privater Haushalte. Die Summe der Ausgaben von gesetzlicher und privater Krankenversicherung gemeinsam – also die Summe, deren Erwirtschaftung und Verteilung im Folgenden hauptsächlich diskutiert wird – betrug daher „nur“ 176,4 Mrd. Euro.

¹³ Gesetz vom 22. 12. 2007 (BGBl. I 3227).

¹⁴ Zu den „Kostenschurken“ *Steiner* Volksgesundheit (Fn. 6), 6.

II. Der Befund: Verteilungskämpfe im „Gesundheitswesen“

Was den Befund angeht, beginne ich sogleich mit

These 3: Das Gesundheitswesen ist kein einheitliches Gebilde, es gliedert sich sowohl auf der Leistungsseite als auch auf der Finanzierungsseite in Sektoren. Gegenwärtig ist das Gesundheitswesen gekennzeichnet durch eine Fülle von Verteilungskämpfen an den Sektorengrenzen.

1. Die „Gesundheitsgüter“

Die Sektoren des Gesundheitswesens werden auf der Leistungsseite durch das bestimmt, was zu verteilen ist – man mag es „Gesundheitsgüter“ nennen.¹⁵ Im Wesentlichen¹⁶ handelt es sich um Leistungen zur Krankenbehandlung – sie machen rund 95 Prozent der Ausgaben aus¹⁷ – und um Krankengeld.

a) Leistungen zur Krankenbehandlung

aa) Ärztliche Behandlung (ambulant und stationär)

Den wichtigsten Sektor und auch finanziell den größten Teil der Leistungen zur Krankenbehandlung stellen die ärztlichen – einschließlich zahnärztlichen – Behandlungen dar. Merkwürdigerweise werden sie im deutschen Gesundheitswesen sehr unterschiedlich geregelt je nachdem,

¹⁵ Zum folgenden *M. Fuchs/U. Preis* Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. 2009, insb. § 20; *R. Waltermann* Sozialrecht, 8. Aufl. 2009, insb. § 8 III. – Zur Terminologie: Im Sozialversicherungsrecht spricht man bei den Gesundheitsgütern vom „Leistungsrecht“, während das, was im Folgenden unter II 3 behandelt wird – also die Verteilungsmechanismen – als „Leistungserbringungsrecht“ bezeichnet wird.

¹⁶ Eine Leistung des Gesundheitswesens ist in Deutschland auch der *Schwangerschaftsabbruch* (§ 24b SGB V; in den USA konnte dies bei der jüngsten Gesundheitsreform nicht durchgesetzt werden). – Nicht Krankenbehandlung im eigentlichen Sinn ist nach der Rspr. des BSG die *künstliche Befruchtung* (*Fuchs/Preis* [Fn. 15], § 20 III 1 mwN): Hier werden die Kosten von den privaten Krankenversicherungen idR vollständig getragen, von den gesetzlichen Krankenversicherungen nur zur Hälfte (§ 27a Abs. 3 S. 3 SGB V).

¹⁷ *Bundesministerium für Gesundheit* (Fn. 12), Punkt 9.6A zu den Leistungsausgaben insgesamt in Deutschland: Im Jahr 2008 wurden davon für Krankengeld 4,4 % aufgewendet, der Rest also für Gesundheitsleistungen (und dabei für die Krankenhäuser 34,9 %; für ambulante ärztliche Behandlung 24,4 %, davon zahnärztlich 7,2 %; für Arzneimittel 19,3 %). – Siehe ferner Punkt 9.5A allein zur GKV: Dort flossen im Jahr 2008 von insgesamt 150,9 Mrd. Euro Leistungsausgaben in Sachleistungen 143,8 Mrd., in Barleistungen wie Krankengeld 7,1 Mrd. Euro, d. s. 4,7 Prozent.

ob die Leistung ambulant¹⁸ durch niedergelassene Ärzte erbracht wird (§§ 28, 29 SGB V)¹⁹ oder aber stationär²⁰ im Krankenhaus (§ 39 SGB V)^{21, 22} Dies betrifft vor allem die Abrechnung,²³ so dass es sehr streitig werden kann, ob die Leistung stationär oder ambulant erbracht wurde – Faustregel: Intensivstation ist immer stationär.²⁴

Symptomatisch erscheint, dass es in Deutschland derzeit Ärztemangel gibt, dass also die wichtigste Ressource des Gesundheitswesens knapp zu werden droht. Dies betrifft vor allem die sog. Landärzte,²⁵ es fehlen aber auch 5000 Krankenhausärzte.²⁶ Angesichts der nach wie vor hohen Produktion von Medizinern ist dieser Mangel wohl nur durch Gerechtigkeitsdefizite zu erklären.

¹⁸ Sehr instruktiv *M. Schuler-Harms* Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen – der ambulante Sektor, in: *M. Fehling/M. Ruffert* (Hrsg.) *Regulierungsrecht*, 2010, § 15.

¹⁹ Dazu im Einzelnen *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 20 III 2 und 3; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 178 f.

²⁰ Sehr instruktiv *A. Hense* Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen – der stationäre Sektor, in: *M. Fehling/M. Ruffert* (Fn. 18), § 16.

²¹ Dazu im Einzelnen *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 20 III 6; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 182.

²² In die ambulante ärztliche Versorgung flossen 2008 (nur) 40,2 Mrd., in die Krankenhäuser 66,7 Mrd. Euro, s. *Statistisches Bundesamt* Gesundheitsausgaben 2008 (<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Gesundheit/Gesundheitsausgaben/Aktuell,templateId=renderPrint.psml>).

²³ Siehe unten II 3 b cc.

²⁴ Instruktiv BSG SGB 2007, 687 – Verbringung in die Intensivstation für 10 Stunden (U. v. 28. 2. 2007) – m. zust. Anm. *K. Meyerhoff*: (voll-)stationäre Behandlung.

²⁵ Bundesgesundheitsminister *Philipp Rösler* hatte deshalb 2010 an eine „Landarztquote“ für Medizinstudenten gedacht, also daran, ein gewisses Kontingent an Studienplätzen an solche Studenten zu vergeben, die sich dazu verpflichten, nach dem Studium eine Weile als Landarzt zu arbeiten (*Rösler* war Stabsarzt bei der Bundeswehr), vgl. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 8. 4. 2010, 1 und 9; s. zuletzt auch vom 22. 10. 2010, N 5, zum Versuch, die Symptome des Landärztemangels zu beheben. – Dem Ärztemangel auf dem Land korrespondiert allerdings eine Überversorgung in Ballungsgebieten, s. *A. Neubacher* Mangel im Überfluss, *spiegel-online* v. 31. 3. 2008 (<http://www.spiegel.de/spiegel/0,1518,544416,00.html>), ferner *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 29. 4. 2010, 12. – Offizielle Studie im Auftrag der Bundesärztekammer und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung: *Th. Kopetsch* Dem deutschen Gesundheitswesen gehen die Ärzte aus!, 5. Aufl. 2010 (<http://www.aerzteblatt.de/v4/plus/download.asp?typ=PDF&id=6100>).

²⁶ *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 7. 4. 2010, N 1; vom 5. 5. 2010, N 5; s. dort auch den Hinweis, Deutschland nehme, was den Personalschlüssel der Kliniken angeht, unter allen großen Industrienationen den letzten Platz ein.

bb) Arzneimittel, Heil- und Hilfsmittel

Einen besonders umstrittenen Sektor bilden Arznei- und Verbandsmittel (§ 31 SGB V).²⁷ In diesen Sektor flossen 2008 43,2 Mrd. Euro, davon in die Apotheken 38,5 Mrd. Euro; zum Vergleich: die Arztpraxen liegen mit 40,2 Mrd. Euro dazwischen.²⁸ – Heilmittel und Hilfsmittel (§§ 32, 33 SGB V)²⁹ können wir vernachlässigen – auch wenn sie im Einzelfall *sehr* teuer sein können.

cc) Sonstige Leistungen

Zu vernachlässigen sind auch sonstige Leistungen wie Vorsorgeuntersuchungen³⁰ (§§ 20 ff., 25 f. SGB V) oder Krankentransporte (§ 60 SGB V).³¹

b) Krankengeld und sonstige Geldleistungen

Aufschlussreich ist das Krankengeld, also Zahlung von Lohnersatz im Krankheitsfall. Krankengeld hat nur noch geringe Bedeutung,³² seit

²⁷ Dazu im Einzelnen *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 20 III 4; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 180. – Der Anteil der Verbandsmittel an der Gesamtsumme ist anscheinend so gering, dass er nirgends gesondert ausgewiesen wird.

²⁸ Siehe *Statistisches Bundesamt* (Fn. 22).

²⁹ Dazu im Einzelnen *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 20 III 5; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 180. – Sehhilfen (Brillen, Kontaktlinsen) gehören bei Erwachsenen grundsätzlich nicht mehr zum Leistungskatalog der GKV (§ 33 Abs. 2 bis 4 SGB V). Grund: Die Versicherten hatten statt des medizinisch Notwendigen ohnehin stets viel teurere Brillen gekauft, s. *J. Kruse/A. Hänlein* (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch V*, 3. Aufl. 2009, § 33 Rn. 61.

³⁰ Insofern ist die Tendenz allerdings steigend, so *Statistisches Bundesamt* (Fn. 22).

³¹ Weitere Leistungen: Häusliche Krankenpflege (§ 37 SGB V); Soziotherapie (§ 37a SGB V); spezialisierte ambulante Palliativversorgung (§ 37b SGB V); Haushaltshilfe (§ 38 SGB V); Hospizleistungen (§ 39a SGB V); Leistungen zur Rehabilitation (§§ 40–43); nichtärztliche sozialpädiatrische Leistungen (§ 43a SGB V); schließlich Leistungen vor und bei Schwangerschaft und Mutterschaft, geregelt nach wie vor *nicht* im SGB V, sondern in §§ 195–200 RVO (zu den Gründen *Fuchs/Preis* [Fn. 15], § 20 III 7). – Hinzugekommen sind als neue Behandlungsformen (dazu *Fuchs/Preis* [Fn. 15], § 20 IV): strukturierte Behandlungsprogramme bei chronischen Krankheiten (§§ 137f, 137g SGB V – sehr sinnvoll), hausarztzentrierte Versorgung (§ 73b SGB V – weniger sinnvoll, s. u. bei Fn. 116); besondere ambulante ärztliche Versorgung (§ 73c SGB V); Modellvorhaben (§§ 63–65 SGB V); integrierte Versorgung (§§ 140a–140d SGB V).

³² Die seit drei Jahren wieder steigende Bedeutung ist u. a. auf den Anstieg von – in der Regel langwierigen – psychischen Erkrankungen zurückzuführen, vgl. *faz.net.de* vom 26. 7. 2010.

das Lohnfortzahlungsgesetz von 1969³³ die Arbeitgeber für sechs Wochen unmittelbar zur Lohnfortzahlung verpflichtet hat. Allerdings können besonders schutzbedürftige Arbeitgeber, nämlich kleine Betriebe mit bis zu 30 Mitarbeitern, sich 80 Prozent der Lohnfortzahlung von den Krankenkassen zurückholen – geregelt ist dies im Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG)³⁴. Das BVerfG hat darüber hinaus veranlasst, dass Lohnleistungen bei Mutterschaft sogar *allen* Arbeitgebern erstattet werden müssen – andernfalls würden Frauen bei der Einstellung in größere Betriebe benachteiligt.³⁵

Ich denke, hier zeigen sich gewisse Grundprinzipien (oder genauer: Maximen³⁶), mit denen Verteilungskonflikte im Gesundheitswesen gelöst werden. Erstens: Man versucht Probleme dadurch zu lösen, dass man Geld von einer Kasse in die andere schiebt. Zweitens: Bei der Verteilung gibt es Privilegien – hier zunächst das Privileg kleiner Betriebe, das dann noch übertrumpft wird durch den Frauenförderungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG. Ein drittes Verteilungsprinzip zeigt sich schließlich an einer weiteren Geldleistung³⁷ des Gesundheitswesens: Das Sterbegeld, d.h. ein Zuschuss zu den Bestattungskosten, ist seit 2004 ersatzlos fortgefallen.³⁸ Man streicht gern dort, wo am wenigsten Widerstand zu erwarten ist.

2. Die Finanzierung

Auch im Bereich der Finanzierung gibt es im Wesentlichen zwei Sektoren. Der gesetzlichen Krankenversicherung, im Folgenden GKV, gehören rund 88 Prozent der Bevölkerung an,³⁹ und zwar überwiegend

³³ Vom 27. 7. 1969 (BGBl. I 946); mittlerweile abgelöst durch das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) vom 26. 5. 1994 (BGBl. I 1014, 1065).

³⁴ Vom 22. 12. 2005 (BGBl. I 3686).

³⁵ BVerfGE 109, 64 (89) – Mutterschutzgesetz/Lohnfortzahlungsgesetz (B. v. 18. 11. 2003) –, also noch zur alten Gesetzeslage.

³⁶ Mit dem Terminus „Prinzip“ sind hier also nicht Prinzipien als OptimierungsgGebote gemeint (*R. Alexy* Theorie der Grundrechte, 1985, 2. Aufl. 1994, 75 f.), sondern die praktischen Regeln oder Grundsätze, nach denen die Subjekte handeln (*I. Kant* Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, 52 Anm.).

³⁷ Weitere Geldleistungen: Kinderpflegekrankengeld (§ 45 SGB V); Mutterschaftsgeld (§ 200 RVO); schließlich der im Text schon genannte Ausgleich von Arbeitgeberaufwendungen bei Lohnfortzahlung gemäß AAG.

³⁸ *Fuchs/Preis* (Fn. 15), 351.

³⁹ Zahlen für 2008: Gesamtbevölkerung 82,0 Mio. (vgl. *Statistisches Bundesamt* <http://www.destatis.de>); Versicherte in der GKV insgesamt: 70,2 Mio. (d. s. 87,5 Prozent), siehe *Bundesministerium für Gesundheit* Gesetzliche Krankenversicherung –

zwangsweise. Privat versichern lassen – mit in der Regel besseren Leistungen – dürfen sich nur die oberen rund zehn Prozent der Bevölkerung,⁴⁰ diejenigen, die – um an unser Tagungsthema zu erinnern –, angeblich weniger schutzbedürftig sind.

a) *Privat Versicherte/PKV*

Zu den Privilegierten, die einer privaten Krankenversicherung, im Folgenden PKV, beitreten dürfen, gehören im Wesentlichen: alle Selbständigen, alle Beamten (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB V), schließlich unter den abhängig Beschäftigten diejenigen, die oberhalb einer bestimmten Einkommensgrenze liegen, gegenwärtig sind es 49950 Euro brutto im Jahr (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 6 oder 7 SGB V) – das ist etwa die Hälfte des Einstiegsgehalts in einer Großkanzlei.⁴¹

b) *Gesetzlich „Versicherte“/GKV*

In der GKV versichert, genauer: in den einzelnen Krankenkassen, ist der Rest der Bevölkerung – die meisten wie gesagt zwangsweise (§ 5 SGB V⁴²). Allerdings zahlen nicht alle „Versicherten“⁴³ der GKV

Mitglieder, mitversicherte Angehörige, Beitragssätze und Krankenstand, Jahresdurchschnitte 1998 bis 2008, 63 (http://www.bundesgesundheitsministerium.de/cdn_151/nm_1168278/SharedDocs/Downloads/DE/Statistiken/Gesetzliche-Krankenversicherung/Mitglieder-und-Versicherte/KM1JD2004-pdf-5112,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/KM1JD2004-pdf-5112.pdf).

⁴⁰ *Fuchs/Preis* (Fn. 15), 226; instruktiv auch der „Zahlenbericht der privaten Krankenversicherung 2008/2009“ (http://www.pkv.de/w/files/shop_zahlenberichte/pkv_zahlenbericht_2008_2009.pdf). – Die zehn Prozent privat Versicherten bringen gemeinsam 24,9 Mrd. Euro für das Gesundheitswesen auf, die Mitglieder der GKV 151,5 Mrd. Euro (*Statistisches Bundesamt* <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Gesundheit/Gesundheitsausgaben/Aktuell,templateId=renderPrint.psm1>). Dies sind bezogen auf die Gesamtausgaben des Gesundheitssystems 57,5 % (GKV) bzw. 9,5 % (PKV). Wenn man darin eine Quersubventionierung von der PKV zur GKV sehen wollte, müsste man freilich auch die Beihilfe für Beamte in die Betrachtung einbeziehen, vgl. bei und in Fn. 56.

⁴¹ Man wird auch grob sagen können: Es ist das Gehalt eines Abteilungsleiters, Prokuristen o.ä., vgl. diverse Angaben unter <http://www.gehaltsvergleich.com>; beim Statistischen Bundesamt sind insofern leider keine Daten erhältlich.

⁴² Die Vorschrift erstreckt sich im *Aichberger*, d. i. die verbreitete Becksche Gesetzessammlung, über mehr als vier Seiten.

⁴³ Zur Terminologie: „Versicherte“ sind alle, die der GKV zwangsweise (§§ 5–8 SGB V) oder freiwillig (§ 9 SGB V) oder als Mitversicherte (§ 10 SGB V) angehören. Als „Mitglieder“ werden nur diejenigen bezeichnet, die Beiträge zahlen, siehe § 223, §§ 226–240 SGB V.

auch in sie ein.⁴⁴ Hauptfinanzierer sind vielmehr die abhängig Beschäftigten auf dem sog. Ersten Arbeitsmarkt,⁴⁵ genauer, siehe oben, die kleinen und mittleren Einkommen.⁴⁶ Der Beitrag liegt gegenwärtig bei 14,9 Prozent des Bruttolohns.⁴⁷

Es gibt weitere Volleinzahler, z.B. die Landwirte (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 SGB V). Rentner (§ 5 Abs. 1 Nr. 11 SGB V) zahlen zwar den vollen Beitrag (§ 247 SGB V), jedoch trägt die Hälfte davon die gesetzliche Rentenversicherung (§ 249a SGB V).⁴⁸ Ein weiterer Teil der Versicherten zahlt ermäßigte Beiträge, z.B. Studenten und „Minijobber“ (§ 5 Abs. 1 Nr. 9, 2a SGB V; §§ 243–246 SGB V). Ein Großteil aber ist schließlich beitragsfrei mitversichert, nämlich die Familienangehörigen der Mitglieder⁴⁹ – einschließlich Lebenspartnern, Stief- und Kindeskindern (§ 10 SGB V).

Vor allem, aber nicht nur wegen dieser Familienmitversicherung kann die GKV aus Sicht der zu Versicherten durchaus wirtschaftlicher sein als die PKV. Für chronisch Kranke oder kinderreiche Gutverdiener kann es daher attraktiv sein, sich in der GKV *freiwillig* zu versichern. Dies ist unter eher engen Voraussetzungen möglich (§ 9 SGB V), und damit ist zugleich die letzte Gruppe der GKV-Versicherten benannt.⁵⁰

⁴⁴ Zahlen für 2008: (zahlende) Mitglieder insgesamt 51,0 Mio. (davon 16,9 Mio. Rentner); dies sind 72,6 Prozent der insgesamt 70,2 Mio. Versicherten; vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (Fn. 39).

⁴⁵ Siehe die erste Position der Statistik: „Pflichtmitglieder mit Entgeltfortzahlungsanspruch für mindestens 6 Wochen“. Dies sind 24,2 Mio., d.h. 81,7 Prozent der insgesamt 29,6 Mio. Pflichtmitglieder ohne Rentner, aber nur 34,5 Prozent der 70,2 Mio. Versicherten insgesamt; vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (Fn. 39). – Eingehend zur Verfassungsmäßigkeit der Finanzierung der GKV R. Werner Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Beitragsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004.

⁴⁶ Noch genauer: Die Arbeitnehmer und ihre Arbeitgeber, denn der Beitrag zur Sozialversicherung wird traditionell aufgeteilt in einen Arbeitgeber- und einen Arbeitnehmeranteil (was allerdings wirtschaftlich keinen Unterschied macht).

⁴⁷ Er soll ab 2011 auf 15,5 Prozent erhöht werden, s. die entsprechend geplante Änderung des § 241 SGB V im von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Finanzierungsgesetz – GKV-FinG) vom 23. 9. 2010, BT-Drs. 17/3040, 12 (zur Begründung 29).

⁴⁸ Diese Hälfte ist letztlich also wieder ein Transfer aus dem Ersten Arbeitsmarkt, der im Umlageverfahren (§ 153 Abs. 1 SGB VI) vor allem durch Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer (§ 168 Abs. 1 SGB V) die gesetzliche Rentenversicherung finanziert; im Einzelnen *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 43.

⁴⁹ Insgesamt 19,2 Mio., d. s. immerhin 27,4 Prozent der 70,2 Mio. Versicherten insgesamt; vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (Fn. 39).

⁵⁰ Insgesamt 4,5 Mio., d. s. 6,4 Prozent der 70,2 Mio. Versicherten insgesamt und 8,8 Prozent der insgesamt 51,0 Mio. (zahlenden) Mitglieder (mit Rentnern); vgl. *Bundesministerium für Gesundheit* (Fn. 39).

Derzeit besteht Streit um die Gutverdiener. Einerseits möchte die GKV zumindest eine Weile auch von ihnen finanziert werden. Daher dürfen junge Gutverdiener neuerdings erst dann in die PKV wechseln, wenn sie in drei aufeinander folgenden Jahren mehr als jene 49950 Euro verdient hatten (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V n. F.⁵¹). Dafür gibt es keinen sachlichen Grund außer dem, dass die GKV Geld braucht⁵² – aber das allein ist doch kein hinreichender Grund! – Auf der anderen Seite sieht es die GKV nicht ein, nur die sog. schlechten Risiken unter den Gutverdienern zu übernehmen, also jene, die mehr Kosten verursachen werden als Beiträge zahlen und deshalb freiwillig in die GKV wollen. Deshalb verlangt das Gesetz eine Vorversicherungszeit in der GKV von insgesamt 24 oder ununterbrochen 12 Monaten (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V). Wer dies nicht vorweisen kann, *muss* sich privat versichern – gegen erheblich höhere Beiträge. Oder gar zu dem sog. Basistarif. Diesen Basistarif müssen die PKV seit 2006 anbieten, und das BVerfG hält ihn u.a. deshalb für verfassungsmäßig, weil der Tarif für die Versicherten so unattraktiv ist, dass nur wenige „gute Risiken“ ihn wählen werden.⁵³ Zu allem

These 4: Auf Seiten der Finanzierung streiten die beiden Sektoren GKV und PKV um die „guten Risiken“ unter den Gutverdienern. Der Versuch, die schlechten Risiken dem jeweils anderen Sektor zuzuschieben, wirkt gelegentlich kleinkrämerisch.

c) *Steuerzahler/Staat*

Es bleibt zu erwähnen: An der Finanzierung der GKV beteiligt sich auch der Staat, und zwar mit Zuschüssen aus dem allgemeinen Steueraufkommen. Der Zuschuss für versicherungsfremde Leistungen⁵⁴ (§ 221 SGB V) beträgt derzeit 11,8 Mrd. Euro.⁵⁵ Ein mittelbarer Zuschuss des

⁵¹ Eingefügt durch das GKV-WSG (s. u. bei und in Fn. 68) vom 26. 3. 2007 (BGBl. I 378). – Es spricht nicht gerade für Weitsicht (vgl. Fn. 67), dass diese Regelung bereits ab 2011 (!) wieder aufgehoben werden soll, s. die geplante Änderung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V im Entwurf zum GKV-FinG vom 23. 9. 2010 (Fn. 47).

⁵² BVerfGE 123, 186 (262) – PKV-Basistarif (U. v. 10. 6. 2010) –: Stärkung der „Finanzgrundlage der gesetzlichen Krankenversicherung“; der später folgende Hinweis auf die Funktionsfähigkeit der GKV als überragend wichtigen Gemeinwohlbelang (264f.) erscheint dann eher als Bemäntelung.

⁵³ BVerfGE 123, 186 (247f. unter aa und dd).

⁵⁴ Instruktiv dazu immer noch F. Beske/J. Hübener *Fremdleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung*, 1996; H. Butzer *Fremdlasten in der Sozialversicherung*, 2001.

⁵⁵ Im Jahr 2009 waren es noch 7,2 Mrd. Euro. – Hinzu kommen derzeit 3,9 Mrd. Euro für konjunkturbedingte Mindereinnahmen, s. *Bundesministerium für Gesundheit*

Staates zum Gesundheitssystem ergibt sich zudem aus dem Beamtenrecht. Beamte haben gegen ihren Dienstherrn einen Anspruch auf sog. Beihilfe, d.h. auf Ersatz von i.d.R. 50 Prozent der Kosten für Heilbehandlung, auch übrigens für Familienmitglieder (siehe z.B. § 80 BBG). Für die restlichen 50 Prozent bietet sich dann eine private Versicherung an.⁵⁶

3. Die Verteilungsmechanismen

Wir haben gesehen, woher das Geld kommt und für welche Leistungen es ausgegeben wird. Wir wollen nun sehen, mit Hilfe welcher Mechanismen es jeweils dorthin kommt.

a) Der Sektor der PKV: Marktmodell (*iustitia commutativa*)

Zunächst zur privaten Krankenversicherung. Sie beruht bekanntlich auf einem Marktmodell⁵⁷: Der Patient „kauft“ beim Arzt oder sonstigen Leistungserbringer die Heilbehandlung. Die Kosten lässt er sich sodann von seiner Versicherung ersetzen, bei der er eben diese Freistellung zuvor „gekauft“ hatte (vgl. §§ 192 ff. VVG). Für beide Verträge gilt als Leitbild die ausgleichende Gerechtigkeit, *iustitia commutativa*: Leistung und Gegenleistung sollten den gleichen Wert haben,⁵⁸ und dabei geht das Modell vom mündigen, privatautonomen Patienten aus. Wirtschaftlich betrachtet bestehen auf beiden Seiten Anreize, Kosten zu sparen – Stichworte: Bemessung der Prämie nach dem individuellen Risiko des Patienten; Beitragsrückerstattung, wenn der Patient bei seinen Arztbesuchen sparsam war.

b) Der Sektor der GKV: Zuteilungsmodell (*iustitia distributiva*)

Anders die GKV! Ihr Leitbild ist offenbar der unmündige, schutzbedürftige Patient, dem die Gesundheitsgüter zugeteilt werden. Allerdings ist das Zuteilungssystem so intransparent, dass man in ihm kaum noch eine *iustitia distributiva*⁵⁹ entdecken kann. Und es gibt auch wenig Anreiz zu Sparsamkeit.

Pressemitteilung vom 15. 9. 2010 (http://www.bmg.bund.de/cln_160/nn_1168278/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2010/pm-10-09-15-kv45.html?__nnn=true).

⁵⁶ Man kann, maW, die Beamtenbeihilfe als Subventionierung der privaten Krankenversicherung betrachten; vgl. auch Fn. 40.

⁵⁷ *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 16 III 1.

⁵⁸ *Aristoteles* Nikomachische Ethik, Buch V 5 (1130b 30–1131a 9): *dikaioσύne en tois synallágmasin*.

⁵⁹ *Aristoteles* (Fn. 58): *dikaioσύne en tais dianomaís*, insbesondere: Zuteilung nach Würdigkeit (*kat' axían*, 1131a 24 ff.); die zu verteilenden Güter sind dabei im Wesentlichen zwei: Geld und Ehre.

aa) Letzt- und Zwischenanbieter, Letzt- und Zwischennachfrager

Der Grund von alledem: Diejenigen, um die es primär geht, werden rechtlich und wirtschaftlich weit auseinanderdividiert. Gemeint sind auf der einen Seite die Patienten, als Letztanbitter medizinischer Leistungen, auf der anderen Seite die Ärzte und sonstigen Leistungserbringer als Letztanbieter. Zwischen ihnen befinden sich mächtige Zwischenanbieter und Zwischennachfrager, die alles Wesentliche gemeinsam aushandeln.

Die großen *Zwischennachfrager* medizinischer Leistungen sind die gesetzlichen Krankenkassen (§ 4 SGB V). Sie sind verpflichtet, ihren Mitgliedern die nötige medizinische Versorgung „zur Verfügung zu stellen“ (§ 2 Abs. 1 S. 1 SGB V), und zwar grundsätzlich in natura (§ 2 Abs. 2 SGB V).⁶⁰ Zu diesem Zweck schließen die Kassen mit den Ärzten und sonstigen Leistungserbringern Verträge, aufgrund derer diese dann ihre Leistung gegenüber den Versicherten erbringen. Die Versicherten haben daher ihren Anspruch auf die nötige Versorgung gegen die Krankenkasse. Und auch die Leistungserbringer haben den Anspruch auf Vergütung nicht gegen den Patienten, sondern gegen die Kassen.⁶¹

Mit Ausnahme der niedergelassenen Ärzte. Sie sind zwangsweise zusammengeschlossen in den sog. Kassenärztlichen Vereinigungen (§§ 77 ff. SGB V), d. s. Körperschaften des öffentlichen Rechts,⁶² die noch zusätzlich als Zwischenanbieter auftreten. Dadurch entsteht ein Viereck, und der Arzt bekommt sein Geld von seiner „KV“.⁶³

Ähnliche, nicht ganz so mächtige Zwischenanbieter gibt es auch in den anderen Leistungssektoren. Sie sind privatrechtlich organisiert, am wichtigsten die Deutsche Krankenhausgesellschaft⁶⁴ und die Verbände

⁶⁰ Man spricht insoweit vom *Sachleistungsprinzip*, doch ist dies unscharf, weil zu den „Sachleistungen“ auch die Dienstleistungen des Gesundheitswesens gehören. Treffender wäre also *Naturalleistungsprinzip* im Gegensatz zum Kostenerstattungsprinzip, so auch *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 16 III 1.

⁶¹ Näheres bei *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 21 I; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 191–193 mit Schaubildern.

⁶² Zur historischen Entwicklung *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 15 I 3: Im Jahre 1900 Gründung des „Verbandes der Ärzte Deutschlands zur Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen“ (sog. Hartmannbund), um sich gegen die Nachfragemacht der Krankenkassen zu wehren; 1913 Berliner Abkommen zur gemeinsamen Selbstverwaltung durch Hartmannbund und Krankenkassen; 1932/33 Umwandlung des privaten Hartmannbundes in eine öffentlich-rechtliche Körperschaft.

⁶³ *E. Deutsch/A. Spickhoff* Medizinrecht, 4. Aufl. 2003, A IV Rn. 67 f.; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 193.

⁶⁴ Mitglieder sind neben den Landeskrankenhausesellschaften u. a. die Spitzenverbände der Krankenhausträger, z. B. der Deutsche Städtetag, der Deutsche Caritasverband, das Deutsche Rote Kreuz usw., vgl. *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 21 III 2. – Merkwürdigerweise klingt § 108a SGB V so, als würden die Deutsche Krankenhausgesellschaft

der Apotheker und der Arzneimittelindustrie. All diese Zwischenanbieter handeln mit den Krankenkassen und deren Verbänden⁶⁵ gemeinsam aus, welche Gesundheitsgüter geleistet werden dürfen und wie dies zu vergüten ist.⁶⁶ Die Ärzte und die Patienten müssen dies dann schlucken. Deshalb

*These 5: Auf Seiten der Leistungserbringung ist das Gesundheitswesen weder ein Markt noch eine zentrale Planwirtschaft. Sein Wirtschaftssystem lässt sich beschreiben als ein neofeudales System der Beuteverteilung auf Gegenseitigkeit.*⁶⁷

bb) Insbesondere: Der Gesundheitsfonds

Am Rande sei freilich bemerkt, dass die Entwicklung der letzten Jahre wohl irreversibel in Richtung Zentralwirtschaft ging. Ich meine vor allem den Gesundheitsfonds, der 2008 durch das sog. Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG)⁶⁸ errichtet wurde. Dieser Gesundheitsfonds ist ein Sondervermögen (§ 271 SGB V), in das *alle* Beiträge *aller* Krankenkassen fließen, bevor sie von dort an die Kassen zurückverteilt werden – mit einem Risikostrukturausgleich⁶⁹ (§§ 266ff. SGB V)⁷⁰ und nach einem

und die (ebenfalls privatrechtlich organisierten) Landeskrankenhausgesellschaften durch ihn konstituiert.

⁶⁵ An der Spitze steht seit 2008 der sog. Spitzenverband Bund der Krankenkassen, auch er eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 217a Abs. 2 SGB V).

⁶⁶ Siehe z.B. § 83 SGB V (Gesamtverträge zwischen Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen), § 87 (Bundesmantelvertrag zwischen den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen – die Vorschrift umfasst im *Aichberger* [Fn. 42] fast 8 volle Seiten!); §§ 112, 115 SGB V (zweiseitige und dreiseitige „gemeinsame Verträge“ im Krankenhauswesen); §§ 129, 131 SGB V (Rahmenverträge über die Arzneimittelversorgung).

⁶⁷ Ökonomisch seriöser formuliert: Es ist ein System „myopischen“ Handelns, in dem alle Beteiligten, wenn sie rational handeln wollen, nur auf den kurzfristigen Erfolg (Myopie = Kurzsichtigkeit) schauen dürfen (*Ch. B. Blankart/E. R. Fasten/H.-P. Schwintowski* Das deutsche Gesundheitswesen zukunftsfähig gestalten, 2009, 60 ff.). – Demgegenüber zeigt sich Gerechtigkeit ganz im Gegenteil erst *in the long run*, vgl. *Platon* (Fn. 10), 613 a–c. – Zum *Topos in the long run* auch *J. Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, 25 f, 383–387, 526 und öfter.

⁶⁸ Vom 26. 3. 2007 (BGBl. I 378).

⁶⁹ Gemäß Risikostrukturausgleich müssen Krankenkassen, die vorwiegend „gute Risiken“ versichern, denjenigen mit den „schlechten Risiken“ etwas abgeben – so dass es plötzlich lukrativ werden kann, schlechte Risiken zu versichern. – Der Risikostrukturausgleich wurde bereits 1994 eingeführt, also schon vor dem Gesundheitsfonds.

⁷⁰ Schematische Darstellung bei *Blankart/Fasten/Schwintowski* (Fn. 67), 22 ff.; s. ferner *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 22 II; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 146a.

Schlüssel, den auch Experten des Sozialrechts nicht verstehen.⁷¹ Da zudem die Beiträge aller Kassen seit jenem „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs“ gleich hoch sein müssen – derzeit 14,9, demnächst 15,5 Prozent des Bruttoeinkommens – hat jenes „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs“ den Wettbewerb⁷² zwischen den Kassen in Wahrheit beendet. Daran ändern auch die sog. Zusatzbeiträge nichts, die die Kassen neuerdings erheben dürfen (§ 242 SGB V), denn sie führen letztlich dazu, dass die Kassen fusionieren.⁷³ „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs“? Man kann dies nur Heuchelei nennen, diese – wie *Hegel* sagt – „letzte abstruseste Form des Bösen“⁷⁴.

cc) Die Verteilung in den einzelnen Leistungssektoren

Betrachten wir nun die Verteilungsmechanismen in den einzelnen Sektoren noch etwas genauer!

Am wildwüchsigsten ist das *Arzneimittelwesen*.⁷⁵ Für die *Apotheken* legen der Spitzenverband der Apotheker⁷⁶ und der Spitzenverband der

⁷¹ Herr *Kingreen* hat mir erlaubt, mich an dieser Stelle auf ihn zu berufen.

⁷² Jedenfalls: den *marktmäßigen* Wettbewerb. Wenn man mit „Wettbewerb“ freilich einen staatlich verordneten Verdrängungswettbewerb meint, der allein auf der Kostenseite geführt wird und nur das Ziel hat, die Zahl der Krankenkassen zu Gunsten neuer Oligopole zu dezimieren, gilt etwas anderes. Nur: Ist „Wettbewerb“ dann nicht ein zynischer Euphemismus? Und kann man sicher sein, dass es bei diesem Verdrängungswettbewerb wirklich die Richtigen trifft?

⁷³ Denn: Wer aus Not Zusatzbeiträge erhebt, dem laufen die Mitglieder davon (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27. 7. 2010, 11; s. auch vom 19. 6. 2010, 15). Statt Konkurs anzumelden (s. u. bei Fn. 159) lässt man sich dann lieber vom Konkurrenten schlucken – mit gelegentlich großzügigen Abfindungen für die Vorstände (Der Spiegel 22/2010 vom 31. 5. 2010, 77). – Nach Angaben des Bundesversicherungsamtes sind mittlerweile 90 Prozent aller Versicherten bei nur noch 36 Krankenkassen versichert (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 30. 8. 2010, 11).

⁷⁴ *G. W. F. Hegel* Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 140 Anmerkung.

⁷⁵ Dazu *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 21 V (siehe ferner § 21 IV zu Heil- und Hilfsmittelleistungen).

⁷⁶ Man sagt ihm eine gewisse Aggressivität nach (Der Spiegel 28/2010 vom 12. 7. 2010, 76ff.). Daher scheinen die Apotheker in diesem Jahr einigermaßen ungeschoren aus den Verteilungskämpfen hervorgegangen zu sein (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 6. 7. 2010, 1, 11) – was ich hier einmal verteidigen will: Ein stabiler Mittelstand an Stelle von Oligopolen hat, was die Versorgung der Bevölkerung angeht, durchaus sein Gutes. Man denke an den Lebensmittelmarkt: Hier haben marktbeherrschende Einzelhandelsketten den mittelständischen Handel weitgehend zerstört. Folglich gibt es in vielen Wohngebieten Deutschlands in fußläufiger Entfernung keine Lebensmittelläden mehr, und das Bauplanungsrecht kann daran offenbar, trotz der Zielvorgaben in § 1 Abs. 5 und Abs. 6 Nr. 1–3 BauGB, nichts ändern. – Zum Schutz der Apotheken vor Discounter-Konkurrenz zuletzt EuGH, U. v. 19. 5. 2009 – C 171/07 und 172/07 –

Krankenkassen in einem obligatorischen Rahmenvertrag alle wesentlichen Verteilungskriterien fest (§ 129 SGB V). Dazu gehören insbesondere Preisdirigismen,⁷⁷ vom Einfrieren der Preise über eine Abgabe pro verkaufter Arznei (§ 130 SGB V) bis zu Zwangsrabatten, die sich die Apotheken von den Pharmaunternehmen zurückholen müssen (§ 130a SGB V). Die Spitzenverbände der *Pharmaindustrie* verhandeln mit den Kassen – und dem Bundesgesundheitsministerium – im eher freien Stil,⁷⁸ teilweise setzen sie die Preise sogar einseitig fest.⁷⁹ Bei den Patienten kommen am Ende Festbeträge an (§§ 35, 35 a SGB V), auf die sie meist draufzahlen müssen (§§ 31 Abs. 3, 61 S. 1 SGB V).⁸⁰

Krankenhäuser. Dort ist die Finanzierung am kompliziertesten, weil durchökonomisiertesten – selbst wenn man den Krankenhausbau beiseite lässt.⁸¹ Die Teilnahme des Krankenhauses am Verteilungssystem der GKV setzt eine Zulassung voraus; diese ist – von Privilegien abgesehen⁸² – an einen sog. Versorgungsvertrag des Krankenhausträgers mit den Krankenkassen gekoppelt (vgl. §§ 108 Nr. 3, 109 SGB V). Die Abrechnung im Einzelnen erfolgt nach Pauschalen. Früher waren es Tagessätze, so dass die Patienten aus betriebswirtschaftlichen Gründen oft etwas länger in der Klinik blieben. Heute rechnet man nach Fallpau-

Doc Morris –; dazu *C. D. Classen* Der EuGH hält das Fremdbesitzerverbot für Apotheken für mit dem EG-Vertrag vereinbar, Jura 2010, 56.

⁷⁷ Instruktiv *M. Wallerath* Preisdirigismen in der Gesetzlichen Krankenversicherung, SGB 2006, 505ff.

⁷⁸ Seit kurzem besteht die Möglichkeit zu fakultativen Rahmenverträgen (§ 131 SGB V).

⁷⁹ Nicht zuletzt deshalb scheinen bei den Arzneimitteln noch die größten Einsparpotentiale des Gesundheitswesens zu bestehen: In Deutschland sind die Preise höher als fast überall sonst (z.B. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14. 3. 2010, 43; Die Zeit 43/2010 vom 21. 10. 2010, 19). Das geplante Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes (AMNOG) könnte insofern in der Tat zu erheblichen Kostensenkungen führen (Gesetzesentwurf: BT-Drs. 17/2413 vom 6. 7. 2010). Nach diesem Gesetz dürfen die Pharmaunternehmen nur noch für ein Jahr die Preise neuer Arzneimittel allein (!) festlegen. Danach muss der Preis mit den Kassen ausgehandelt werden, wobei es eine Rolle spielt, ob die neue Arznei einen Zusatznutzen gegenüber schon vorhandenen Mitteln hat. – Allg. zu den Kostentreibern und krit. zum AMNOG-Entwurf *Th. Ballast* Arzneimittelversorgung der Zukunft – Was wird anders? Was muss anders werden?, Forum für Gesundheitspolitik 2010, 4.

⁸⁰ Im Einzelnen *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 20 III 4, insb. 306.

⁸¹ Zum folgenden *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 21 III (364–373); *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 202–204.

⁸² Ausgenommen sind Hochschulkliniken und Plankrankenhäuser (d. s. diejenigen Kliniken, die in den Krankenhaus-Bedarfsplan aufgenommen wurden, den die Länder aufstellen); bei beiden wird der Versorgungsvertrag fingiert (§ 109 Abs. 1 S. 2 SGB V).

schalen ab,⁸³ die sich an der Krankheitsdiagnose orientieren – und man kann dann den betriebswirtschaftlich optimalen Entlassungstermin ausrechnen. Deckt er sich nicht mit dem Heilungsfortschritt, spricht man von „blutiger Entlassung“.⁸⁴ Die Verantwortung für diese Entlassung bleibt natürlich am Arzt hängen, nicht am Management.

Bei den Verteilungsmechanismen in der *ambulanten ärztlichen Versorgung* ist zunächst ein Fortschritt festzustellen:⁸⁵ Die schon erwähnten Kassenärztlichen Vereinigungen haben mit den niedergelassenen Ärzten bis vor kurzem dergestalt abgerechnet, dass der Arzt *ex ante* nicht wissen konnte, wieviel Geld er für welche Behandlung bekommt – sog. Punktesystem. Seit der Honorarreform 2009 gibt es für jede Behandlung von vornherein feststehende, in Euro und Cent berechnete Sätze (§ 87a SGB V).⁸⁶ Das ist ein Schritt in Richtung Gerechtigkeit. – Nicht sagen kann man dies über die – neuerdings etwas zurückgenommene – Budgetierung.⁸⁷ Die Krankenkassen weisen den Ärzten pro Quartal bestimmte Budgets zu. Jenseits des *Behandlungsbudgets*⁸⁸ werden die Entgelte abgestaffelt (§ 87b SGB V), jenseits des *Medikamentenbudgets* wird den Ärzten gar mit Regressforderungen gedroht. Macht der Arzt freilich bei der Verteilung der Mittel auf die Patienten Fehler, droht *ihm* der Arzthaftungsprozess – bei dem übrigens als Hauptschurken die Haftpflichtversicherungen aufzutreten scheinen.⁸⁹

Zu erwähnen ist schließlich: Bei der Verteilung der Gesundheitsleistungen werden neuerdings in allen Bereichen *Zuzahlungen der Patienten* verlangt (§ 61 SGB V) – am bekanntesten ist die sog. Praxisgebühr⁹⁰

⁸³ § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 2 S. 1, § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Krankenhausentgeltgesetz – KHEntgG –, ferner § 17b Krankenhausfinanzierungsgesetz – KHG (fünf Seiten im *Aichberger* [Fn. 42]); verhalten krit. zu den Fallpauschalen bereits *R. Pitschas* Fallpauschalen im Krankenhaus, NZS 2003, 341.

⁸⁴ *R. Fromm/R. Pickelmann* Ware Patient, 2010, 185; s. dort ausführlich auch zu weiteren Missständen (Korruption, Ausbeutung etc.) im Gesundheitswesen.

⁸⁵ Genauer zum Folgenden *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 21 II – Vertragsärztliche Versorgung –; *Waltermann* (Fn. 15), § 8 Rn. 194–201.

⁸⁶ Die Sätze werden regional vereinbart von den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Landesverbänden der Krankenkassen und sodann in Regionalen Euro-Gebührenordnungen festgesetzt; dabei soll auch eine regionale Über- oder Unterversorgung berücksichtigt werden (§ 87a Abs. 2 S. 6 Hs. 2 SGB V).

⁸⁷ Zur alten Rechtslage § 85 Abs. 4 SGB V a.F (Gesamtvergütung), zur neuen § 87b SGB V.

⁸⁸ § 87b SGB V spricht vom Regelleistungsvolumen.

⁸⁹ *M. Imhof* Behandlungsfehler in der Medizin, 2010, insb. 161 ff.

⁹⁰ Die Praxisgebühr wird in der Arztpraxis eingezogen, sie fließt wirtschaftlich betrachtet aber den Krankenkassen zu (so dass der Name eine kleine Frechheit ist).

von 10 Euro pro Quartal (§ 28 Abs. 4 SGB V).⁹¹ Bemerkenswert: Da die Zuzahlungspflicht auf 2 Prozent des Jahreseinkommens beschränkt ist, bei chronisch Kranken 1 Prozent, haben Wenigerverdiener das Privileg, sich von der restlichen Zuzahlungspflicht befreien zu lassen (§ 62 SGB V). Wie weit dieser Verwaltungsaufwand die Zuzahlungen wieder auffrisst, müsste man einmal prüfen.

Was bleibt als Gesamteindruck? Die Ärzte und die Patienten stehen in allen Verteilungssystemen gleichsam am unteren Ende der Nahrungskette. Die Arbeitsbedingungen vieler Ärzte, insbesondere in den Kliniken, grenzen an Ausbeutung – sicher ein Grund für den Ärztemangel. Was die Patienten angeht, so werden sie mehr und mehr zum pauschalierten Geldwert, und was mit ihren Versicherungsbeiträgen geschieht, darauf haben sie keinerlei Einfluss.⁹² Ich fasse zusammen in

These 6: Die wichtigsten Ressourcen im Gesundheitswesen sind Zeit und Arbeitskraft der Ärzte und das Geld der Patienten. Es besteht die Tendenz, Verteilungskämpfe auf deren Kosten zu führen.

dd) Zum Abschluss: Der Gemeinsame Bundesausschuss

Wie eng demgegenüber die *Zwischenanbieter* und *Zwischennachfrager* zusammenarbeiten, zeigt nicht zuletzt die sog. Gemeinsame Selbstverwaltung,⁹³ in der die Spitzenverbände der Krankenkassen und der Leistungserbringer gemeinsam festlegen, welche Gesundheitsleistungen die Kassen übernehmen – politisch ist dies der brisanteste Punkt des gesamten Gesundheitswesens. Bis 2003 geschah diese Festlegung der Kassenleistungen noch sektorenweise, mittlerweile regelt *alles* (was in der Sache durchaus sinnvoll ist⁹⁴) der sog. Gemeinsame Bundesausschuss (§ 92 SGB V) – ein mächtiges Zentralkomitee des Ge-

⁹¹ Siehe auch § 43b SGB V („Zahlungsweg“). Ferner *Fuchs/Preis* (Fn. 15), 230 (allgemein), 300 und 301 („Praxisgebühr“), 306 (Arzneimittel), 313 (Hilfsmittel), 314 und 321 (Krankenhaus), 325 (Häusliche Krankenpflege), 326 (Soziotherapie, Haushaltshilfe), 328 (Rehabilitation). – Eingehend, auch zum Folgenden, *S. Rixen* Der Leistungserbringer als Inkassobüro, SGB 2004, 2.

⁹² Daran ändert sich auch nichts durch die seit dem 1. 1. 2004 vorgesehene Beteiligung von Patienten im Gemeinsamen Bundesausschuss und in weiteren Ausschüssen (§ 140f SGB V), denn sie geht über ein Mitberatungsrecht nicht hinaus.

⁹³ Zum Folgenden *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 17 III.

⁹⁴ Denn: Was dem einen Sektor gegeben wird, muss zuvor dem andern genommen werden. – Zudem: Es spricht einiges dafür, medizinisch-juristisch heikle Fragen – etwa ob in Fällen schwerster Krankheit auch Wundermittel wie die Bioresonanztherapie von den Kassen bezahlt werden müssen – zentral und auf hoher Ebene zu entscheiden (aA i. E. BVerfGE 115, 25, dazu Fn. 8 und Fn. 176). Andernfalls erhalten die Sozialrichter vor Ort, wenn sie die Leistung verweigern, die Morddrohungen.

sundheitswesens,⁹⁵ mit dem sich Herr *Kingreen* noch kritisch auseinandersetzen wird.⁹⁶

4. Das Umfeld

Zuletzt noch ein Blick über den Tellerrand des Gesundheitswesens. Er zeigt, dass man vielleicht gar nicht wirklich Kosten sparen will. Es gibt nämlich durchaus Bereiche der Gesellschaft, die von dem vielen Geld im Gesundheitswesen profitieren, zuvörderst die sog. Gesundheitswirtschaft, vom Pharmakonzern bis zum Gesundheitshandwerker,⁹⁷ aber auch die Wissenschaft, vor allem in Gestalt der medizinischen Forschung. Zwar hat der SGB-Gesetzgeber im Jahr 2001 einmal betont, es sei nicht Aufgabe der Krankenkassen, den medizinischen Fortschritt zu subventionieren.⁹⁸ Aber vielleicht war ja auch hier das Gegenteil gemeint.

Den Gedanken, dass andere Systeme vom Gesundheitssystem profitieren, kann man übrigens umkehren. Z.B. lässt sich im Gesundheitswesen möglicherweise viel Geld sparen, wenn mehr für die Bildung ge-

⁹⁵ Soziologisch betrachtet, steht wohl auch der Gemeinsame Bundesausschuss dafür, dass die Entwicklung des Gesundheitswesens in den letzten Jahren in Richtung Zentralwirtschaft ging (vgl. oben II 3 b bb), vielleicht sogar Verstaatlichung der medizinischen Grundversorgung.

⁹⁶ Siehe bereits *Kingreen* Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, 877.

⁹⁷ Originalton *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (<http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Wirtschaft/branchenfokus.html?>): „Die Gesundheitswirtschaft als einer der größten deutschen Wirtschaftszweige ist durch ihre Innovationskraft und ihre Beschäftigungsintensität ein Wachstums- und Beschäftigungstreiber für die deutsche Volkswirtschaft. Bis vor einigen Jahren wurde das Gesundheitswesen allerdings weniger als bedeutender Wirtschaftszweig wahrgenommen, sondern eher als Teil der Grundversorgung und damit als Kostenfaktor des Solidarsystems.“ Nach den Eckdaten für 2008 betrage der Anteil der Gesundheitswirtschaft nunmehr 10,9 Prozent des Bruttoinlandsprodukts – und das sind dann genau die 263 Mrd. Euro, von denen schon die Rede war (bei und in Fn. 12). So werden Fehlentwicklungen zu Erfolgen. – Vgl. auch das Interview mit Bundesgesundheitsminister *Philipp Rösler* in der Verlagsbeilage „Gesundheit und Arbeit“ der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 8. 7. 2010, 1: „Der Gesundheitsmarkt ist eine hoch dynamische, innovative Branche“; s. auch Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27. 7. 2010, 12: „Gesundheitsbranche hakt Krise ab – 100 000 neue Arbeitsplätze in diesem Jahr erwartet“. – Bezeichnend schließlich, dass Bundeskanzlerin *Angela Merkel* am 29. 4. 2010 auf dem Kongress der Gesundheitswirtschaft (Motto: „We Have the Champions“) als Hauptrednerin auftrat.

⁹⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz – GRG) vom 3. 5. 1988, BT-Drs. 11/2237, 157.

tan würde, denn je höher die Bildung der Menschen, desto gesünder leben sie offenbar.⁹⁹

III. Diagnose: Ein System kleiner Ungerechtigkeiten

Wir haben auf unserem Durchgang durch das Gesundheitssystem viele Verteilungskonflikte entdeckt. Wir wollen nun versuchen, diesen Befund auf den Begriff zu bringen.

These 7: Unter rechtsethischem Aspekt lässt sich das Gesundheitswesen als ein System kleiner Ungerechtigkeiten beschreiben.

– wobei vorweg zu betonen ist: Nicht alles, was ungerecht ist, ist verfassungswidrig, und nicht alles, was verfassungswidrig ist, ungerecht.

1. Das Nebeneinander von PKV und GKV

Die größte der kleinen Ungerechtigkeiten ist das Nebeneinander von privater Krankenversicherung und gesetzlicher Krankenversicherung. Es gibt dafür keinen sachlichen Grund mehr. Insbesondere greift das gängige Argument, die GKV-Versicherten seien schutzbedürftig, die anderen nicht, aus zwei Gründen nicht mehr durch.¹⁰⁰

Erstens: Ursprünglich waren in der GKV nur rund 10 Prozent der Bevölkerung versichert, nämlich die Industriearbeiter und deren Familien, und die Gelder flossen nicht, wie heute, zu über 95 Prozent in „Gesundheitsleistungen“, sondern zu 60 Prozent in das Krankengeld,

⁹⁹ Dazu etwa Volker H. Schmidt Priorisierung auf der Makroebene. Das Gesundheitswesen im Ensemble sozialpolitischer Leistungsbereiche, Ethik in der Medizin 2010, 275 (online unter <http://www.springerlink.com/content/7h40757311641367/fulltext.pdf>).

¹⁰⁰ Darüber hinaus ist es schon historisch schief: Vor Einführung der Bismarck'schen Sozialversicherung gab es weit über tausend freie Hilfskassen, in denen Arbeiter und Handwerker sich gegen das Krankheitsrisiko versichert hatten (vgl. Fuchs/Preis [Fn. 15], § 1 II 2: 1302 Hilfskassen im Jahr 1881) – sie waren also keineswegs außer Stande, selbst vorzusorgen. Dass man die Dinge „verstaatlichte“, hatte vor allem den Sinn, die Arbeitgeber zu zwingen, in diese Kassen mit einzuzahlen (damals zu einem Drittel) und im übrigen einen Lohn zu zahlen, der es den Arbeitern erlaubte, auch ihren eigenen Beitrag zu zahlen (vgl. M. Stolleis Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, 77). Diesen nötigen Zwang gegen die Ausbeuter darf man doch nicht in einen angeblich nötigen Zwang gegen die Opfer umdeuten!

d.h. Lohnersatz.¹⁰¹ Damals bestand also ein *besonderes* Risiko, nämlich Verlust der gesamten Lebensgrundlage bei Krankheit, für eine *besonders* schutzbedürftige Gruppe, die Lohnarbeiter. Eine solch besondere Schutzbedürftigkeit wegen besonderen Risikos besteht nicht mehr, wenn in der GKV fast 90 Prozent der Bevölkerung versichert sind, und dies im Wesentlichen nur dagegen, die Kosten von Krankenbehandlung selbst zu zahlen. Dann handelt es sich vielmehr um das allgemeine Lebensrisiko, das bei allen gleich ist (ich komme darauf zurück).

Zweitens: Schutzbedürftigkeit ist ein gradueller Begriff. Und ich bestreite sehr, dass jeder, der über 49950 Euro verdient, keines Schutzes bedürfte. In einer Gesellschaft von Freien und Gleichen kann man nicht nur aufsteigen, sondern auch abstürzen,¹⁰² kann man seinen gut bezahlten Job verlieren oder mit seinem Geschäft in die Insolvenz gehen. Die Grenze zwischen PKV und GKV zieht mithin eine völlig willkürliche Linie in das Kontinuum der Schutzbedürftigkeit,¹⁰³ dem wir alle angehören. Eine willkürlich gezogene *kategoriale* Grenze bei nur *graduellen* Unterschieden aber ist nicht gerecht – hier ebensowenig wie bei der Pendlerpauschale¹⁰⁴. Ich komme daher zu

¹⁰¹ Fuchs/Preis (Fn. 15), § 15 I 2 mwN; s. auch § 2 I 2.

¹⁰² ... und diese Abgestürzten muss dann uU wieder die Solidarität der GKV auffangen!

¹⁰³ Höchst instruktiv für die Unmöglichkeit, die Jahresarbeitsentgeltgrenze (JAG) als legitime Grenze der Schutzbedürftigkeit anzusehen: BVerfGE 102, 68 (89 f., 93 ff.) – Krankenversicherung der Rentner (B. v. 15. 3. 2000) – .Der Gesetzgeber wollte den Zugang zur beitragsgünstigen *gesetzlichen* Krankenversicherung der Rentner (KVdR) nur noch denjenigen unter den ehemals abhängig Beschäftigten eröffnen, deren Einkommen während des Erwerbslebens so gut wie durchgängig *unterhalb der JAG* gelegen hatte, so dass sie durchgängig gesetzlich *pfl*ichtversichert waren (begünstigte Gruppe). Demgegenüber sollten diejenigen, die – wenn auch nur kurz – *oberhalb der JAG* verdient hatten, auch dann ausgeschlossen sein oder erheblich höhere Beiträge zahlen (ebd. 76, 85 f.), wenn sie während dieser Zeit *freiwillig* in der GKV versichert waren und – entsprechend hohe – Beiträge gezahlt hatten (benachteiligte Gruppe). Das BVerfG konnte für diese Ungleichbehandlung keinen rechtfertigenden Grund finden. – Zum Gedanken des *Kontinuums* der Schutzbedürftigkeit s. auch die Formulierung des vorliegenden BSG in diesem Fall (zitiert in Fn. 123).

¹⁰⁴ BVerfGE 122, 210 – Pendlerpauschale (U. v. 9. 12. 2008) –; dazu, gerade mit Blick auf Verteilungsgerechtigkeit und Prinzipientreue, K. Tipke Mehr oder weniger Entscheidungsspielraum für den Gesetzgeber? JZ 2009, 533 (534 ff.). – Zum Fall: Die Neufassung des § 9 Abs. 2 EStG hatte die Kosten für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte erst ab dem 21. Kilometer für steuerlich abzugsfähig gehalten. Das BVerfG vermisste darin die gemäß Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Folgerichtigkeit bei der Ausgestaltung staatlicher Belastungsentscheidungen.

These 8: Das Ungerechte am Nebeneinander von privater und gesetzlicher Krankenversicherung (PKV und GKV) besteht darin, dass das „Gesundheitswesen“ uns nicht als ein Volk von Freien und Gleichen nimmt, sondern als eine Masse von Schutzbedürftigen plus eine Elite von Tüchtigeren.¹⁰⁵

2. *Abkoppelung der Verteilungs- von der Erwirtschaftungsgerechtigkeit*

Die zweitgrößte der kleinen Ungerechtigkeiten des Gesundheitswesens ist die Abkoppelung der Verteilungs- von der Erwirtschaftungsgerechtigkeit. Man kann sich insofern auf den *Heiligen Augustinus* berufen: Die berühmte Stelle in *De civitate Dei*, in der es heißt, Staaten ohne Gerechtigkeit seien nichts anderes als Räuberbanden, hat ihre Pointe gerade darin, dass es auch in Räuberbanden feste Regeln gibt, insbesondere Regeln, nach denen die Beute verteilt wird.¹⁰⁶ Nur sind dies für *Augustinus* offenbar keine Regeln der Gerechtigkeit, denn Räuber schauen nur auf das, was zu verteilen ist, und nicht darauf, wer es zu welchen Kosten einmal irgendwo produziert hat.¹⁰⁷ Daher

These 9: In einem System der Beuteverteilung auf Gegenseitigkeit gibt es keine Gerechtigkeit. Verteilungsgerechtigkeit ohne Erwirtschaftungsgerechtigkeit ist Ausbeutung.

Was bedeutet dies für das Gesundheitswesen? Nun, wenn das Gesundheitswesen in irgendeiner Weise als *Versicherung* konzipiert sein sollte, dann kann man auf den Begriff Risiko nicht verzichten – Risiko ist in diesem Kontext geradezu der Zentralbegriff einer gerechten Zuteilung von einerseits Leistungen, andererseits Lasten. „Risiko“ ist nämlich nicht, wie man im Umweltrecht eine Weile gemeint hat, ein Minus zur Gefahr.¹⁰⁸ Risiko ist vielmehr die Bewertung einer Handlung

¹⁰⁵ Man wende übrigens nicht ein, die PKV subventioniere die GKV dadurch, dass die Ärzte mit Hilfe der Privathonorare Geräte anschaffen könnten, die dann auch den gesetzlich Versicherten zu Gute kämen. Fragen der Gerechtigkeit sind etwas anderes als Fragen der Wohlfahrt, und ein guter Nebeneffekt macht eine *in ihrem Prinzip*, genauer: in ihrer *Maxime* böse Regelung nicht zu einer guten; s. *I. Kant* Grundlegung (Fn. 36), insb. 14ff.

¹⁰⁶ *Aurelius Augustinus* *De civitate Dei* (Der Gottesstaat), Viertes Buch, Kap. 4.

¹⁰⁷ Gegen ein unkritisches „Kuchenmodell“ der Verteilungsgerechtigkeit in unserem Kontext jüngst *H. M. Heinig* *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, 153 ff.

¹⁰⁸ Im Anschluss an BVerfGE 49, 89 (140 ff.) – Mülheim-Kärlich (U. v. 8. 8. 1978) –, wo insofern auch von „Restrisiko“ die Rede ist. Nicht richtig auch die Annahme, der Begriff Risiko zeichne sich gegenüber dem der Gefahr (d. i. das Produkt von Schadenshöhe und Schadenswahrscheinlichkeit) durch die „vollkommene Ungewissheit“ des Schadenseintritts aus (*R. Sparwasser/R. Engel/A. Voßkuhle* *Umweltrecht*, 5. Aufl.

oder eines Zustandes angesichts einer Gefahr.¹⁰⁹ Versicherungen sind entstanden, um das Wagnis, ein Schiff mit Waren aus den Kolonien heil über den Ozean zu bringen, finanziell abzufedern. Die Sozialversicherung ist entstanden nicht um gegen Krankheiten abzusichern – Krankheit ist eine Gefahr, kein Risiko –, sondern gegen das Risiko, wegen der Krankheit nicht mehr arbeiten zu können und dadurch seine Lebensgrundlage zu verlieren.¹¹⁰

Und heute? Heute versichert die GKV wie gesagt nicht mehr ein besonderes Risiko, sondern das allgemeine Lebensrisiko. Dann aber ist es eine kleine Ungerechtigkeit, dass der größte Teil des zu verteilenden Kuchens weiterhin überproportional von den abhängig Beschäftigten auf dem Ersten Arbeitsmarkt erwirtschaftet wird, genauer: von den kleinen und mittleren Einkommen.¹¹¹ Diese risikounabhängige Umverteilung außerhalb des Steuersystems ist nicht zu rechtfertigen.¹¹² Ich führe dies fort zu

2003, § 2 Rn. 20) – dies träfe zu für die die Begriffe Schicksal oder Abenteuer – oder durch die Gefahr der Fehleinschätzung einer Gefahr (*A. Scherzberg* Risiko als Rechtsproblem, *VerwArch* 84 [1993], 484) – dies wäre eben nur eine potenzierte Gefahr (und eine leicht konstruierbare zumal).

¹⁰⁹ *J. Lege* Die Zurechnung neuer Risiken im Technik- und Umweltrecht, in: M. Kaufmann/J. Renzikowski (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, 173 (176f.); vgl. auch *J. Lege* Das Recht der Bio- und Gentechnik, in: M. Schulte (Hrsg.), *Handbuch des Technikrechts*, 2003, 669 (693f.).

¹¹⁰ So auch *J. Isensee* „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung, *NZS* 2004, 393 (395); bedenklich dann aber der Versuch, daraus mithilfe der Denkform des Typus oder gar einer Art konkreten Gestaltgedankens den Konnex zwischen Arbeitsmarkt und Sozialversicherung zu verewigen.

¹¹¹ Siehe oben bei und in Fn. 45. – Zudem: Auch die Beiträge der Rentner werden zur Hälfte (s. Fn. 48), die der Arbeitslosen sogar vollständig (via Bundesagentur für Arbeit, § 251 Abs. 4a SGB V) vom Ersten Arbeitsmarkt per Transferzahlung finanziert.

¹¹² Wenigstens am Rande sei bemerkt: Die *Familienmitversicherung* erscheint heute ganz besonders anachronistisch. Sie stammt aus einer Zeit, in der zumindest der Idee nach ein Arbeitseinkommen für eine ganze Familie reichen sollte – während heute Doppelverdienerhaushalt und Patchworkfamilien die Regel sind. Die Familienmitversicherung kann zudem zu kleinen Ungerechtigkeiten führen, wenn es am Ende des Erwerbslebens um die Frage geht, ob jemand in die relativ günstige Krankenversicherung der Rentner (KVdR) aufgenommen wird, also in die GKV, oder aber sich wesentlich teurer privat versichern muss (Beispiel nach *Fuchs/Preis* [Fn. 15] 253f.). Der Weg in die KVdR steht nämlich nur offen, wenn der Kandidat eine beträchtliche Vorversicherungszeit in der GKV vorweisen kann (sog. Neun-Zehntel-Belegung, § 5 Abs. 1 Nr. 11 SGB V). Diese Vorversicherungszeit erfüllt ein mitversicherter Ehepartner ohne weiteres. Wenn der Ehepartner hingegen zu lange zu gut hinzuverdient hat, dergestalt, dass sein Jahresarbeitsentgelt ihn über die Versicherungspflichtgrenze emporhob, dann wird er für diesen Fleiß bestraft, indem er als Rentner in die teure PKV einzahlen muss.

These 10: Im „Gesundheitswesen“ muss klar sein, welches Risiko angesichts der Gefahr, krank zu werden, abgesichert werden soll: das allgemeine Lebensrisiko oder je spezielle Risiken. Gerecht wäre entweder eine echte Versicherung, die allen offensteht (ggf. mit Versicherungszwang und Basis-tarif) und dabei individuelle Risiken berücksichtigt; oder aber eine Absicherung des allgemeinen Lebensrisikos durch eine im Grunde risikounabhängige Finanzierung des Gesundheitswesens.

3. Hin- und Herschieben von Knappheitsproblemen

Gehen wir weiter zur nächsten kleinen Ungerechtigkeit des Gesundheitswesens – oder soll man sagen: zum größten Bündel kleiner Ungerechtigkeiten. Gemeint ist die Tendenz, die Knappheitsprobleme des Systems nicht endgültig zu lösen, sondern nach Art des Schwarzer-Peter-Spiels von hier nach dort zu verschieben – denken Sie für die Finanzierungsseite des Systems nochmals an das Beispiel Lohnfortzahlung/Krankengeld.¹¹³

Auch auf der Leistungsseite des Systems werden die Probleme nur hin- und hergeschoben. Die Krankenhaustagesätze werden von Fallpauschalen abgelöst, aber dann wird eben auf andere Weise manipuliert.¹¹⁴ Weiteres Beispiel: Um die Vergütung der Hausärzte endlich einmal an die der Fachärzte heranreichen zu lassen, wurde den Hausarztverbänden vor kurzem die Möglichkeit eröffnet, mit den Kassen lukrative Verträge zur sog. hausarztzentrierten Versorgung¹¹⁵ zu schließen (§ 73b SGB V). Dies wurde allerdings gleich derart missbraucht, dass man dieses Instrument schleunigst wieder abschaffen will – allerdings mit Bestandsschutz ausgerechnet für diejenigen Verbände, die so unverschämt zugelangt hatten.¹¹⁶

Unverschämt? Es scheint, als begünstige ein System des Hin- und Herschiebens von Problemen eben dies: Belohnt wird, wer am lautes-ten schreit oder wer keine Scheu hat zu testen, wie weit er seine Position ausreizen kann – wobei dies übrigens auch einmal der Gesetzgeber sein kann, etwa, als er Leuten, die jahrelang freiwillig in die GKV ein-

¹¹³ Oben unter II 1 b.

¹¹⁴ Oben unter II 3 b cc.

¹¹⁵ Einzelheiten unter <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/17943/hausarztzentrierte-versorgung-gatekeeping-v9.html>.

¹¹⁶ Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 22. 7. 2010, 9, mit Hinweis auf die Ergebnisse in Bayern und Baden-Württemberg; zum Bestandsschutz für alte Verträge Bundesministerium für Gesundheit, Mitteilung vom 3. 8. 2010 (<http://www.bmg.bund.de/SharedDocs/Standardartikel/DE/AZ/H/Glossar-Hausarzt/Hausarztzentrierte-Versorgung.html>).

gezahlt hatten, den Zutritt zur für sie günstigen gesetzlichen Krankenversicherung der Rentner verwehren wollte.¹¹⁷

4. Ungerechte Prinzipien

Es gibt ein Büchlein von *Hasso Hofmann*, es heißt „Bilder des Friedens oder Die vergessene Gerechtigkeit“.¹¹⁸ *Hofmann* knüpft darin an zwei berühmte Fresken im Rathaus von Siena an, sie zeigen die Gute und die Schlechte Regierung. Die Schlechte Regierung begünstigt die Schurken und lässt die Ehrlichen schutzlos. Bei der Guten Regierung ist dies anders, da herrscht Frieden, und dies liegt, wie das Fresko glauben machen will, an Tugend und Eintracht der Bürger. Natürlich ist das Propaganda, denn es kommt letztlich darauf an, dass es Regeln und Institutionen¹¹⁹ gibt, die Tugenden wie Ehrlichkeit oder Mäßigung letztlich belohnen – eine gute Verfassung, auf Griechisch: *politeia*. Andernfalls muss der Gerechte eben leiden, wie schon *Platon* gesehen hat.¹²⁰ Oder wie mein Hausarzt sagt: Die Verlierer im Gesundheitssystem sind die Bescheidenen: diejenigen, die das System nicht für sich ausreizen.

Was ist eine gute Verfassung? Nun, schauen wir zunächst, welches die Prinzipien¹²¹ sind, die das aktuell existierende Gesundheitssystem regieren, und wir werden sagen können: *Die* sind es jedenfalls nicht. Es ist ungerecht, ständig die Regeln zu ändern, und dies auch noch mit rückwirkender Kraft.¹²² Es ist ungerecht, wenn die Verteilung von Nutzen und Lasten so unübersichtlich und überkompliziert, ja so zufällig¹²³ wird, dass sich nur noch Gewiefte darin mit Gewinn bewegen können. Es ist ungerecht, wenn es ein immer größeres Gezerre um immer kleineres Geld gibt – Beispiel: Ausgleichsanspruch für die Portokosten,

¹¹⁷ BVerfGE 102, 68 (genauer dazu Fn. 103).

¹¹⁸ Privatdruck der Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung, München 1997.

¹¹⁹ Immer wieder erhellend *G. Lübbe-Wolff* Recht und Moral im Umweltschutz, 1999.

¹²⁰ *Platon* (Fn. 10), 361e–362a.

¹²¹ Dafür, dass es auf die Prinzipien ankommt: BVerfGE 102, 68 (89) – Krankenversicherung der Rentner –; BVerfGE 122, 210 (241 ff., 244) – Pendlerpauschale –: „Prinzipien- oder Systemorientierung“ im Gegensatz zu „allein fiskalisch motivierte(m)“ Handeln.

¹²² Vgl. etwa das Beispiel in Fn. 112, ferner in Fn. 141.

¹²³ Schöne Formulierung aus einem Vorlagebeschluss des BSG: „Die Neuregelung mache den Zugang zur Krankenversicherung der Rentner ... von Zufälligkeiten abhängig“ (BVerfGE 102, 68 [82], dazu Fn. 103). Und weiter: „Das Gesetz durchschneide diesen Bereich homogener Sachverhalte und knüpfe hieran unterschiedliche Rechtsfolgen an.“

wenn der Arzt die Praxisgebühr anmahnen muss.¹²⁴ Es ist ungerecht, wenn kollektiv bindende Entscheidungen weitgehend nach informellen Regeln zustandekommen, wenn, m. a. W., die politische Macht ständig neu ausgehandelt wird. Das ist Mittelalter, das ist Feudalismus¹²⁵ – und daran, wenn man so will, krankt das Gesundheitswesen.

IV. Therapie: Mehr Recht (*iustitia legalis*)!

Wie sähe demgegenüber eine gesündere, moderne Verfassung aus? Schlagwortartig: Mehr Recht, weniger Gerechtigkeit. Weniger Gerechtigkeit in dem Sinn, dass nicht jeder möglichst viel von dem bekommt, was er will. Mehr Recht in dem Sinn, dass jeder weiß, was er und die anderen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen „sollen“¹²⁶. Schon Aristoteles hat *vor* die *iustitia commutativa* und die *iustitia distributiva* die *iustitia legalis* gesetzt, die Gerechtigkeit gemäß Gesetzen – denn Gesetze sind die einfachste und beste Art der Gleichbehandlung.¹²⁷

Mehr Recht, weniger Gerechtigkeit – also noch mehr „Normenflut“? Im Gegenteil. Es ist nicht überall Recht drin, wo Recht draufsteht – dies gilt z.B. für Wunschzettel in Gesetzesform, wie man sie nicht nur im SGB findet, sondern auch z.B. im Baurecht.¹²⁸ Man kann sogar sagen, dass mehr „Recht“ im Sinn von mehr Text „weniger Recht“ sein kann¹²⁹ – im Sinn von weniger Rechtssicherheit. Wie aber kommt man zu mehr Recht durch weniger Recht?

¹²⁴ Er richtet sich gegen den Versicherten, siehe *Rixen* (Fn. 91), 12.

¹²⁵ Freilich ein sehr verkrusteter Feudalismus – ähnlich dem Heiligen Römischen Reich deutscher Nation in seiner Spätphase, in der es von *S. von Pufendorf* *De statu imperii Germanici*, 1667, VI § 9, mit der berühmten Formel *monstro simile* – einem Monster gleich – gekennzeichnet wurde.

¹²⁶ „Sollen“ im umfassenden Sinn von nicht nur „Müssen“, sondern auch „Dürfen“ und „Können“, siehe *H. Kelsen* *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 4f. – Zu eher anspruchorientierten versus eher pflichtorientierten Konzeptionen von Gerechtigkeit s. einerseits den mit Recht krit. Überblick von *W. Kluth* *Kriterien der Gerechtigkeit – Zur Entwicklung und disziplinären Verortung des wissenschaftlichen Diskurses über Gerechtigkeit*, in: ders. (Hrsg.) *Facetten der Gerechtigkeit*, 2010, 122 (135 ff.), andererseits *V. J. Vanberg* *Marktgerechtigkeit und Soziale Marktwirtschaft*, ebd., 94 (107 ff.).

¹²⁷ *Aristoteles* (Fn. 58), Buch V, 2. und 3. Abschnitt, 1129a 31 ff.

¹²⁸ Siehe etwa die sog. Planungsziele und Planungsleitlinien in § 1 Abs. 5 und 6 BauGB (dazu auch Fn. 76).

¹²⁹ Ähnlich und nach wie vor erhellend *W. Naucke* *Versuch über den aktuellen Stil des Rechts*, *KritV* 1986, 189.

Vielleicht, indem man zentrale Begriffe klarstellt, und vielleicht können wir, als Staatsrechtslehrer, dazu sogar etwas beitragen.

1. Sozialstaatsprinzip i.V.m. Gleichheitssatz

Ich beginne mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG). Es ist bekanntlich vielschichtig, nach h. M. „nur“ ein Staatsziel.¹³⁰ Nichtsdestoweniger hat man es vielfach in Gestalt von „In-Verbindung-mit-Dogmatiken“ auch juristisch fruchtbar gemacht.¹³¹ Ich will daran anschließen und das Sozialstaatsprinzip mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verbinden.

a) Das Soziale unter Gleichen/Ungleichen: Solidarität und Fürsorge

Was ist eigentlich das „Soziale“? Für unseren Kontext schlage ich vor¹³² als

These 11: Im Rahmen des Sozialstaatsprinzips sind zu unterscheiden: das Soziale unter Gleichen, genannt Solidarität („einer für alle, alle für einen“), und das Soziale unter Ungleichen, genannt Fürsorge oder Mildtätigkeit („vergelt's Gott“).

Solidarität¹³³ – ich muss dabei immer an die Schweizer Kollegen denken, an ihr einzig Volk von Brüdern und Schwestern¹³⁴ – Solidarität ist dadurch gekennzeichnet, dass alle gemeinsam zum gegenseitigen

¹³⁰ Grundlegend H. F. Zacher Das soziale Staatsziel, in: HStR I, 1987, § 25; HStR II 32004, § 28; K. Stern Das sozialstaatliche Prinzip, in: StR I, 2. Aufl. 1984, § 21; neuer Anlauf jüngst H. M. Heinig Sozialstaat (Fn. 107); s. auch A. von Arnault/A. Musil (Hrsg.) Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts, 2009. – Aus der Kommentarliteratur R. Gröschner in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 GG (Sozialstaat); K.-P. Sommermann in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 5. Aufl. 2005, Art. 20 Rn. 98 ff.; etwas betagt R. Herzog in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 20 VIII (Die Verfassungsentscheidung für die Sozialstaatlichkeit); stets aktuell G. Robbers in: BK, Art. 20 Abs. 1 (E. Sozialstaat), Rn. 1282 ff.; noch unbesetzt ist „Sozialstaat“ in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar.

¹³¹ E. Wiederin Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 (2005), 53 (73).

¹³² Vgl. J. Lege Das Öffentliche, das Private und das Soziale, FS A. Hollerbach, 2001, 385 ff.

¹³³ Grundlegend U. Volkmann Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998; s. auch Heinig Sozialstaat (Fn. 107), 120 ff. – Eingehend auch Butzer Fremdlasten (Fn. 54), 371 ff. mit Zwischenbilanz 423 ff.

¹³⁴ F. Schiller Wilhelm Tell (1804), 2. Aufzug 2. Szene a. E.: „Wir wollen sein ein einzig (!) Volk von Brüdern/ In keiner Noth uns trennen und Gefahr.“

Schutz beitragen und alle gemeinsam davon profitieren. Einer für alle, alle für einen. Dies bedeutet zunächst einmal: Es gibt keine Solidarität ohne eigenen Beitrag, mag er auch noch so gering sein. *Wenn* dies der Fall ist, sieht Solidarität über unterschiedliche Leistungsfähigkeit hinweg: Auch der kleinste Beitrag ist gleich viel wert, um eine gemeinsame Gefahr abzuwehren, wenn er nur ehrlich erbracht wird. Daher hat, auf der anderen Seite, jeder den gleichen Anspruch auf Schutz, wenn er in Gefahr gerät.

Demgegenüber ist das Soziale unter Ungleichen dadurch gekennzeichnet, dass die eine Seite schutzbedürftig ist und bleibt und deshalb von der anderen Seite Schutz und Hilfe erbitten muss, ohne dafür mehr zurückgeben zu können als ein „Vergelt's Gott“. Das Soziale in *diesem* Sinn ist mithin einseitige Fürsorge der Starken für die Schwachen, ist Mildtätigkeit aus Barmherzigkeit (weshalb übrigens die katholische Kirche die *Bismarck'sche* Sozialgesetzgebung ablehnte: sie werde die Objekte christlicher Nächstenliebe zu sehr verknappen¹³⁵).

Es dürfte auf der Hand liegen: In einem Staat von Freien und Gleichen sollte „Sozialstaat“ in aller Regel meinen: *Solidarität*. Dagegen müssen Fürsorge, Mildtätigkeit die Ausnahme bleiben – sozusagen an den Rändern der Gesellschaft oder für kurze Zeiten der Krise.¹³⁶ Solidarität heißt dann aber auch: die Lasten mittragen – es gibt keine Solidarität zum Nulltarif.¹³⁷ Wenn der Begriff demgegenüber heute meist gerade umgekehrt im Sinn von Fürsorge verwendet wird,¹³⁸ ist dies eine Verfälschung.

b) *Folgerungen für das Gesundheitswesen*

Was bedeutet all dies nun für das heutige und für mögliche künftige Gesundheitswesen? Nun, *de lege lata* ist seit längerem umstritten, ob und ggf. wie weit in der gesetzlichen Krankenversicherung der Rentner die Einkünfte aus eigener privater Vorsorge, etwa in Gestalt einer

¹³⁵ Genauer: das Zentrum, s. H. F. Zacher Diskussionsbeitrag, VVDStRL 64 (2005), 185.

¹³⁶ Anders formuliert: Ziel der Gesundheitspolitik muss *soziale Inklusion* sein, so das Fazit von S. Huster Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, DVBl. 2010, 1069 (1077).

¹³⁷ Ähnlich wie hier F. Hase Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000 (zu Solidarität und Fürsorge insb. 290 ff); zum Verhältnis von Solidarität, Schutzbedürftigkeit und Umverteilung A. Wallrabenstein Versicherung im Sozialstaat, 2009, 365 ff.

¹³⁸ Vermengend z.B. BVerfGE 76, 256 (301) – Beamtenversorgung (B. v. 30. 9. 1987) –: „Denn die gesetzliche Rentenversicherung beruht wesentlich auf dem Gedanken der Solidarität ihrer Mitglieder sowie des sozialen Ausgleichs und enthält von jeher auch ein Stück soziale Fürsorge.“

Lebensversicherung oder einer vom Arbeitnehmer selbst finanzierten Betriebsrente, zum beitragspflichtigen Einkommen gehören (vgl. §§ 226–230, insb. §§ 229 Abs. 1 Nr. 5 und S. 3, 240 SGB V).¹³⁹ Die Antwort dürfte klar sein: Niemand ist allein deshalb, weil er Ersparnisse hat, zu erhöhter „Solidarität“ verpflichtet. Eine derart erhöhte „Solidarität“ wäre in Wahrheit erzwungene Mildtätigkeit,¹⁴⁰ und dazu darf man in einem Staat von Freien und Gleichen nur über das Steuersystem verpflichtet werden.¹⁴¹

¹³⁹ Siehe etwa BVerfG (1. Senat 2. Kammer), SGB 2009, 223 (B. v. 7. 4. 2008 – 1 BvR 1924/07 –); mit Recht scharfe Kritik in der Anm. von A. Wallrabenstein, SGB 2009, 227 (229, 231).; krit. auch F. Hase, Gericht verkürzt rechtsstaatlichen Vertrauensschutz, SuP 2008, 452.

¹⁴⁰ ... und damit, etwas technischer formuliert, ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip. – Umfassend zur Frage, welche Einkünfte sozialversicherungspflichtig sind, R. Werner Beitragsrecht (Fn. 45).

¹⁴¹ Teilweise aA das BVerfG, siehe insoweit ganz aktuell – und wohl abschließend – die Kammerentscheidungen (!!) BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), B. v. 28. 9. 2010 – 1 BvR 1660/08 –, ferner BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), B. v. 6. 9. 2010 – 1 BvR 739/08 – (beides zitiert nach bverfg.de): Einkünfte aus einer *privaten Lebensversicherung* sind für die Krankenversicherung niemals beitragspflichtig. Einkünfte aus einer *Betriebsrente* sind es grundsätzlich immer, und zwar *auch wenn* (1) die betriebliche Altersversorgung in Gestalt einer Lebensversicherung (sog. Direktversicherung) mit dem Arbeitgeber als Versicherungsnehmer organisiert wurde, *auch wenn* (2) diese Altersversorgung im Wege einer Einmalzahlung ausgezahlt wird (§ 229 Abs. 1 S. 3 SGB V) und *auch wenn* (3) alles im Wesentlichen allein durch den Arbeitnehmer finanziert wurde – zunächst durch Abführen des Versicherungsbeitrags von seinem Nettogehalt, sodann nach dem Ausscheiden aus dem Betrieb durch Zahlungen aus dem privaten Vermögen (so im Fall 1 BvR 739/08). Etwa *anderes* gilt nur dann, wenn der Arbeitnehmer selbst anstelle des Arbeitgebers „in die Stellung des Versicherungsnehmers einrückt“, und dann auch nur für die danach von ihm allein gezahlten Beiträge (so im Fall 1 BvR 1660/08). Begründet wird dies im Wesentlichen mit drei Argumenten: (1) Solange der „institutionelle Rahmen“ des Betriebsrentenrechts „genutzt“ wird, rechtfertigen dessen Vorteile (z.B. Prämienvorteile bei Gruppenlebensversicherungen, s. 1 BvR 1660/08, Abs. 16) die Beitragspflichtigkeit auch selbst finanzierter Alterseinkünfte (1 BvR 739/08, Abs. 11 – Äquivalenz nicht gestört – und 16). (2) Wann der institutionelle Rahmen verlassen wird, lässt sich „formal einfach“ feststellen, wenn man – allein – darauf schaut, ob bzw. ab wann der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer Vertragspartner des Versicherungsunternehmens ist. Hinter allem steht schließlich (3) das – sozialpolitisch nachvollziehbare – Ziel, „jüngere Krankenversicherte von der Finanzierung des höheren Aufwands für die Rentner zu entlasten und die Rentner entsprechend ihrem Einkommen verstärkt zur Finanzierung heranzuziehen“ (1 BvR 739/08, Abs. 9; 1 BvR 1660/08, Abs. 8). Aber wird es nicht häufig ganz *zufällig* sein (vgl. Fn. 123), ob nun der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer „formal“ Vertragspartner des Versicherers geblieben/geworden ist?

De lege ferenda werden seit einigen Jahren verschiedene Reformmodelle diskutiert.¹⁴² Insoweit das Wichtigste zuerst, nämlich

These 12: Die geplanten Modelle zur Reform der Finanzierung des Gesundheitswesens („Bürgerversicherung“, „Gesundheitsprämie/Kopfpauschale“) sind im Grundsatz allesamt mit der Verfassung vereinbar.¹⁴³

Für ein beitragsgestütztes System spricht pragmatisch zunächst, dass nur ein Sonderfonds vor dem Zugriff des Gesetzgebers einigermaßen sicher ist.¹⁴⁴ Ein beitragsgestütztes System darf allerdings, um dem Gedanken der *Solidarität* zu genügen, keine beitragsfreie Versicherung vorsehen, vielmehr muss der soziale Ausgleich, Stichwort *Fürsorge*,¹⁴⁵ über das Steuersystem erfolgen – m.a.W, es muss der Staat für all diejenigen, die selbst nicht einzahlen können, aus dem allgemeinen Steueraufkommen zuschießen.¹⁴⁶ – Zur Frage, ob die Beiträge nach Einkommen gestaffelt sein sollten – Stichwort „Bürgerversicherung“¹⁴⁷ – oder ob ein

¹⁴² So auch bereits auf unserer Jenaer Tagung, siehe insb. die Berichte von *R. Pit-schas* und *H. Sodan* Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme, und von *Ch. Enders* und *E. Wiederin* Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, *VVDStRL* 64 (2005), 109, 144, 7, 53.

¹⁴³ Alles *sehr* str., besonders hinsichtlich der Bürgerversicherung, siehe sogleich Fn. 147 und 151. – Klar ist jedenfalls, dass sich dem Grundgesetz weder eine Verfassungsgarantie des bestehenden Systems der Sozialversicherung noch auch nur seiner tragenden Organisationsprinzipien entnehmen lässt, so ausdrücklich *BVerfGE* 77, 340 (344) – Keine Grundrechtsfähigkeit der Sozialversicherungsträger (B. v. 15. 12. 1987) –.

¹⁴⁴ *Isensee* „Bürgerversicherung“ (Fn. 110), *NZS* 2004, 393 (397).

¹⁴⁵ Am klarsten bei der Sozialhilfe: Sozialhilfeempfänger sind in Deutschland allmählich die Einzigen, denen die Solidarität der GKV verweigert wird. Sie gehören nicht zu den dort „Versicherten“ (vgl. § 5 Abs. 8a SGB V), sie haben lediglich Anspruch auf Übernahme der Krankenbehandlung durch eine Krankenkasse gegen Kostenerstattung von Seiten des Sozialhilfeträgers (§ 264 Abs. 2–7 SGB V); s.a. *Fuchs/Preis* (Fn. 15), § 18 II 12.

¹⁴⁶ Teilweise ist dies schon der Fall: So zahlt der Bund für die Empfänger von Arbeitslosengeld II (§ 251 Abs. 4 SGB V), und der Steuerzuschuss für versicherungsfremde Leistungen (s. o. II 2 c) soll nach Ansicht des Gesetzgebers (BT-Drs. 16/3100, 92) u.a. zum Ausgleich der „gesamtgesellschaftlichen Last“ der beitragsfreien Mitversicherung von Kindern eingeführt worden sein (probl., s. *Kruse/Hänlein* [Fn. 29]).

¹⁴⁷ Das stärkste Argument gegen die Bürgerversicherung ist kompetenzrechtlicher Art: Sie würde die Sozialversicherung vom (Ersten) Arbeitsmarkt abkoppeln, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aber aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG: „das Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung (...) sowie die Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung.“ Dies spricht *prima facie* für einen notwendigen Konnex. Es spricht aber auch nichts dagegen, das Arbeitsrecht und die Sozialversicherung als sich überschneidende Kreise zu begreifen („sowie“), und dies wäre der Fall, wenn nach wie vor alle Arbeitseinkommen und zusätzlich alle weiteren

gleich hoher Beitrag für alle gelten soll mit einem Ausgleich für sozial Schwache¹⁴⁸ – Stichwort „Gesundheitsprämie“¹⁴⁹, polemisch „Kopfpauschale“¹⁵⁰ –: Dies ist verfassungsrechtlich gleichwertig,¹⁵¹ so dass die Praktikabilität entscheiden sollte, insbesondere die Vermeidung von Verwaltungsaufwand.

Schließlich wären verfassungsrechtlich ebenfalls möglich: Ersetzung der Sozialversicherung¹⁵² durch eine allgemeine private Versicherungspflicht; oder auch ein rein steuerfinanziertes Konzept,¹⁵³ etwa in Gestalt

Einkommen für die „Bürgerversicherung“ herangezogen werden. Zur Offenheit des Begriffs „Sozialversicherung“ für neue Entwicklungen BVerfGE 103, 197 (217) – Pflegeversicherung (U. v. 4. 7. 2000) –. – Die Grundrechte der privaten Krankenversicherungen werden dadurch, dass sie ihr Geschäftsfeld verlieren, nicht notwendig verletzt. Art. 12 und Art. 14 GG geben keinen Bestandsschutz für alle derzeit vorhandenen Berufe. Dass dem Vertrauensschutz Rechnung zu tragen wäre, versteht sich von selbst. – Für Verfassungswidrigkeit statt vieler *Isensee* „Bürgerversicherung“ (Fn. 110), NZS 2004, 393; ebenfalls skeptisch *F. Kirchhof* Verfassungsrechtliche Probleme einer umfassenden Kranken- und Renten-„Bürgerversicherung“, NZS 2004, 1; differenzierend und insb. die Gesetzgebungskompetenz bejahend *S. Muckel* Verfassungsrechtliche Grenzen der Reformvorschläge zur Krankenversicherung, SGB 2004, 583 ff., 670 ff.

¹⁴⁸ Eine solche „Kopfprämie“ existiert etwa in der Schweiz, siehe *F. Beske/Th. Drabinski/H. Zöllner* Das Gesundheitswesen in Deutschland im internationalen Vergleich, 2004, 96.

¹⁴⁹ So die Diktion der FDP und ihres Gesundheitsministers *Philipp Rösler*, vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. 6. 2010, 11; s.a. vom 9. 7. 2010, 12 (Interview).

¹⁵⁰ So die Diktion der CSU und ihres bayerischen Gesundheitsministers *Markus Söder*, vgl. Der Spiegel 28/2010 vom 12. 7. 2010, 75.

¹⁵¹ Seltsamerweise bestehen gegen das Modell der „Gesundheitsprämie/Kopfprämie“ geringere verfassungsrechtliche Bedenken, s. z.B. *Sodan* Zukunft (Fn. 142), 154f., obwohl es sich vom klassischen Bild der Sozialversicherung – dazu BVerfGE 75, 108 (146f.) – Künstlersozialversicherung (U. v. 8. 4. 1987) – noch weiter entfernt als die „Bürgerversicherung“. – Zur Sache: Auch bei der „Kopfprämie“ sind die größten Bedenken kompetenzzieller Art. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für ein solches Gesundheitswesen ergibt sich jedoch entweder aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge) oder aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung). Die Variante „Fürsorge“ erscheint aus Gründen des Wortlauts und der Systematik vorzugswürdig (so auch, und noch weitergehend, *J. Schröder* Bürgerversicherung und Grundgesetz, 2008, 126 ff.). Es spricht aber auch manches für eine historisch-teleologische „Fortschreibung“ des Begriffs Sozialversicherung (abl. *Hase* [Fn. 137], 384 ff.); immerhin hat BVerfGE 109, 96 (109f.) – Rentenversicherung der Landwirte (U. v. 9. 12. 2003) – es noch unter „Sozialversicherung“ subsumiert, wenn die Versicherung zu 70 Prozent aus Steuermitteln finanziert wird.

¹⁵² Siehe nochmals Fn. 143.

¹⁵³ So etwa in Dänemark, in Italien und in acht von zehn Provinzen Kanadas; in Großbritannien und Schweden wird der Nationale Gesundheitsdienst nicht nur aus Steuern, sondern auch aus dem Sozialversicherungssystem finanziert; siehe *Beske/Drabinski/Zöllner* (Fn. 148), 62, 78, 75, 93. – Die Gesetzgebungskompetenz des Bun-

einer medizinischen Grundversorgung für alle (und für mehr müsste individuell gezahlt werden). Dies ließe sich auch nicht erst auf den Gedanken der Fürsorge bzw. Mildtätigkeit stützen, sondern schon auf die Solidarität: eben weil dieser Teil des Gesundheitswesens das allgemeine Lebensrisiko abdeckt, das bei allen gleich ist. Ein derart verstaatlichtes Gesundheitssystem, wenn man will gar mit beamteten Ärzten,¹⁵⁴ hätte den großen Vorteil, dass die Abgrenzung der Grundversorgung von Zusatzleistungen sehr klar vonstatten ginge und sich klar bestimmten Entscheidungsträgern zurechnen ließe. Letztlich wäre diese Klarheit vielleicht sogar der entscheidende Schritt zu besserer Verteilungsgerechtigkeit.

2. *Freiheitsrechte contra Kungelei*

Wir haben gesagt, es sei ungerecht, Verteilungsgerechtigkeit und Erwirtschaftungsgerechtigkeit voneinander abzukoppeln. Insofern kann ein Schritt zu mehr Gerechtigkeit nur darin bestehen, die Letztanfrager und die Letztanbieter medizinischer Leistungen, also die Patienten und die Ärzte, näher zusammenzubringen.¹⁵⁵ Dies bedeutet zugleich: die Macht der Zwischenanbieter und Zwischennachfrager, d.h. der Krankenkassen und der Verbände der Leistungserbringer, zu beschneiden.

a) *Neue Aufgaben für die negative Vereinigungsfreiheit*

De lege lata sollte daher das subjektive Recht der Ärzte und Patienten, sich gegen ihre Zwangszusammenschlüsse zu wehren, gestärkt werden. So sollte die bekannte Vorfrage, ob der Schutz gegen öffentlich-rechtliche Zwangskörperschaften dem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 1 GG zuzuordnen ist, also der negativen Vereinigungsfreiheit, oder aber

des folgt auch in diesem Fall aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge, vgl. Fn. 151).

¹⁵⁴ Zum britischen Gesundheitssystem vgl. http://www.aok-bv.de/politik/europa/index_01410.html: 90 Prozent der Ärzte arbeiten im Rahmen des National Health Service; Nachteil: keine freie Arztwahl. – Bemerkenswert die Situation der Krankenhausärzte in Südtirol: Sie beziehen im Vergleich zum restlichen Italien und zu Österreich ein deutlich höheres Gehalt, verzichten dafür aber auf eine eigene freiberufliche Tätigkeit im Krankenhaus. Dies soll offenbar geändert werden, um „Exzellenz“ zu befördern (<http://www.provinz.bz.it/gesundheitswesen/download/perspektiven.26.09.05.pdf>, 60f.). Bis dato hatte sich das Südtiroler Gesundheitssystem allerdings schon durch sehr gute Werte ausgezeichnet, insbesondere durch signifikant hohe Lebenserwartung der Bevölkerung (ebd. 8).

¹⁵⁵ So im Wesentlichen auch das Fazit von *Blankart/Fasten/Schwintowski* (Fn. 67), die besonderen Nachdruck auf Stärkung der „Patientensouveränität“ legen.

nur der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG,¹⁵⁶ endlich zu Gunsten des Art. 9 Abs. 1 GG geklärt werden¹⁵⁷ – mit der Folge, dass Eingriffe in dieses Grundrecht, da es vorbehaltlos gewährt ist, nur mit Hilfe von Verfassungswerten zu rechtfertigen sind.¹⁵⁸ Selbst wenn man dem nicht folgt, sollte aber gelten

These 13: Gegen die Zwangsmitgliedschaft in den gesetzlichen Krankenkassen ist spätestens seit dem 1. 1. 2010 der Schutzbereich der negativen Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG eröffnet.

Begründung: Seit dieser Zeit sind die Kassen insolvenzfähig (§ 171b ff. SGB V), d.h. de facto privatisiert.¹⁵⁹ Diese Privatisierung zeigt sich ferner darin, dass die zwangsversicherten „Kunden“ relativ leicht von einer Krankenkasse in die andere wechseln können (§§ 173, 175 SGB V)¹⁶⁰ und sich offenbar auch sonst, nach der Vorstellung des Gesetzgebers, fast ebenso fühlen sollen wie die Kunden privater Versicherungen: Sie können Kostenerstattung statt Naturalleistung vereinbaren (§ 13 Abs. 2 SGB V),¹⁶¹ ferner Zusatztarife für bessere Leistungen oder Beitragsrückerstattung bei sparsamer Inanspruchnahme medizinischer Leistungen (zu allem § 53 SGB V).¹⁶² Wenn aber all dies sich nach Privatrecht anfühlt, dann *ist* es eben auch Privatrecht. – Nächste These,

¹⁵⁶ So die st. Rspr. seit BVerfGE 10, 89 – Erftverband (U. v. 29. 7. 1959) –.

¹⁵⁷ So auch die inzwischen wohl hM, s. etwa H. Bauer in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 9 Rn. 47; W. Höfling in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009, Art. 9 Rn. 22; wohl auch R. Scholz in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, Art. 9 Rn. 90; M. Cornils in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 9 Rn. 10.1; ferner J. Hellermann Die negative Seite der Grundrechte, 1993, 63 ff.; B. Pieroth/B. Schlink Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 792; seit je auch K. Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 414. – AA etwa H. Sodan in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 9 Rn. 7; BVerfGE 123, 186 (262) – PKV-Basistarif –.

¹⁵⁸ Formel seit BVerfGE 28, 243 (Ls. 2) – Kriegsdienstverweigerung (B. v. 26. 5. 1970) – bekanntlich: „kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte“.

¹⁵⁹ Der wahre (nämlich praktische) Unterschied zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht besteht darin, dass man im Privatrecht in den Konkurs gehen kann. – Siehe demnächst aber die Habilitationsschrift von K. von Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz. Rechtliche Bewältigung finanzieller Krisen der öffentlichen Hand, 2010, die freilich eher den großen Staatsbankrott in den Blick zu nehmen scheint.

¹⁶⁰ Die Versicherten sind an die Wahl ihrer Krankenkasse derzeit 18 Monate gebunden (§ 175 Abs. 4 SGB V).

¹⁶¹ Nach Th. Kingreen Die Entwicklung des Gesundheitsrechts 2008/2009, NJW 2009, 3552 (3554), empfiehlt sich dies allerdings nicht.

¹⁶² Eingeführt durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26. 3. 2007 (BGBl. I 378) mit Wirkung vom 1. 1. 2009.

These 14: Wenn und weil die zu verteilenden Mittel knapp sind, müssen die Mitglieder aller Zwangskörperschaften einen – einfachrechtlich ausgestalteten – Anspruch auf Transparenz (Rechnungslegung) haben.

Es sollte daher endlich Pflicht werden, dass der Arzt dem Patienten eine Behandlungsrechnung stellt¹⁶³ oder sie ihm wenigstens zur Kenntnis gibt. Und es sollten Patient und Arzt verlangen dürfen, dass ihnen die Krankenkasse oder die Kassenärztliche Vereinigung nachvollziehbar vorrechnet, der Nutzen der Zwangskörperschaft übersteige die Kosten. Eine solche Pflicht zur Rechnungslegung muss der Gesetzgeber künftig angesichts des Grundrechts der Zwangsmitglieder aus Art. 9 Abs. 1 GG im SGB V verankern. Sollte er dies unterlassen, müsste die GKV hinfällig werden. (Gut, das ist etwas kühn? Nun, bei der Vermögensteuer war es nicht anders.¹⁶⁴)

b) Europäisches Recht contra PKV-Privileg

Je mehr sich das Geschäftsgebaren der Krankenkassen dem der Privatwirtschaft annähert, desto schwieriger dürfte es übrigens werden, den Löwenanteil des Umsatzes im Gesundheitswesen – also den Bereich der GKV – dem Europäischen Recht zu entziehen. Es spricht vielmehr einiges dafür, angesichts der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56–62 AEUV = exArt. 49–55 EGV) diesen Versicherungsmarkt entweder ganz zu öffnen oder ganz zu schließen, also entweder „GKV für alle“ – wie in der Schweiz¹⁶⁵ – oder „PKV für alle, mit Versicherungszwang und sozialem Ausgleich für die ganz Schwachen“ – wie jetzt in den USA¹⁶⁶. Der EuGH hat soeben in Sachen Glücksspiel gezeigt, dass er wenig Verständnis für Privilegien hat.¹⁶⁷

¹⁶³ ... so dass der Patient, wie bei der PKV, grundsätzlich in Vorleistung treten muss. Eine solche Regelung gibt es z.B. in Belgien – und dort beträgt der Beitrag für die gesetzliche Krankenversicherung, der nahezu alle Einwohner angehören, nur 100 Euro (!) pro Jahr (http://www.aok-bv.de/politik/europa/index_01345.html).

¹⁶⁴ BVerfGE 93, 121 (U. v. 22. 6. 1995).

¹⁶⁵ S. o. Fn. 148.

¹⁶⁶ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23. 3. 2010, 1, 2 und 9; s.a. vom 26. 3. 2010, 6; gegen die Reform wurden mittlerweile Verfassungsklagen erhoben, s. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4. 8. 2010, 5.

¹⁶⁷ EuGH (Große Kammer), Vorabentscheidung vom 8. 9. 2010 – C 316/07 – Markus Stoß u.a. –, insb. Tenor unter 1 d; Vorabentscheidung vom 8. 9. 2010 – C 46/08 – Carmen Media Group –, insb. Tenor unter 2; vgl. auch Vorabentscheidung vom 8. 9. 2010 – C 409/06 – Winner Wetten – (zitiert nach juris). – In allen Fällen war Hauptargument die fehlende Kohärenz und „Systematik“, d.h. Konsequenz, der deutschen Regelung von Glücksspielen: einerseits ein staatliches Monopol auf die großen Lotterien, andererseits Gewerbefreiheit für Glücksspielautomaten, die ein erheblich höhe-

3. Klare Regeln, klare Kompetenzen

Ein dritter Punkt ist eigentlich selbstverständlich. Wenn wir nicht „mehr Gerechtigkeit“ wollen im Sinn von „jeder bekommt, was er meint, es stehe ihm zu“, dann muss „mehr Recht“ heißen: klare Regeln, aus denen sich möglichst ohne Umschweife ergibt, *warum* jemandem etwas zusteht.¹⁶⁸ Beispiel Ärztemangel: Ich könnte mir eine allgemeine Gebührenordnung vorstellen – wie es sie im Bereich der PKV seit jeher gibt¹⁶⁹ – mit Hebesätzen für Praxen in unterversorgten Gebieten.¹⁷⁰

„Mehr Recht“ hieße schließlich auch: klare Kompetenzen und klare Auslegung von Kompetenznormen. Insofern habe ich z. B. Zweifel an der PKV-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Darf man auf den Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft/privatrechtliches Versicherungswesen“ (Art. 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 GG) wirklich eine Regelung stützen wie den Basistarif, der den Versicherungen unwirtschaftliches, ja selbstzerstörerisches Verhalten abverlangt?¹⁷¹ Und dies noch mit der Maßgabe, den Gesetzgeber treffe eine Beobachtungspflicht, ob das Kind auch wirklich in den Brunnen fallen wird?¹⁷²

res Suchtpotenzial bergen. Vielleicht führt dies zu einer schönen Definition von „Privileg“: Vorrecht ohne konsequent durchgehaltene Legitimation.

¹⁶⁸ Zu den dann anzuwendenden Verteilungskriterien – z. B. (1) Bedürftigkeit des Kranken, (2) Nutzen der Maßnahme, (3) Kosteneffektivität – und zu den Anforderungen an das Verfahren *S. Huster* Knapppheit (Fn. 136), 1073 ff., 1071 f.; s. auch *N. Daniels/J. E. Sabin* Setting Limits Fairly, 2. Aufl. 2008: Entscheidungen über die Verteilung von Gesundheitsgütern müssen den folgenden Kriterien genügen: (1) Transparenz, (2) Sachnähe, (3) Überprüfbarkeit und (4) eine institutionelle Absicherung der Einhaltung der ersten drei Kriterien.

¹⁶⁹ Gebührenordnung für Ärzte – GOÄ – vom 12. 11. 1982 (BGBl. I 1522), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. 12. 2001 (BGBl. I 3320), mit Gebührenverzeichnis als Anlage. Die GOÄ ist eine Rechtsverordnung der Bundesregierung, gestützt auf § 11 der Bundesärztleistungsordnung (BÄO).

¹⁷⁰ In den neuen Ländern konnten die Ärzte Privatbehandlungen bis zum Jahr 2007 nur mit 90 Prozent der GOÄ-Sätze abrechnen.

¹⁷¹ BVerfGE 123, 186 (240) – Basistarif –: Dem Argument, der Basistarif „zerstöre ... auf Dauer das gesamte Geschäftsmodell der privaten Krankenversicherung“, hält das BVerfG lediglich entgegen, dies sei „jedenfalls derzeit“ nicht zu erwarten. – Zum Zusammenhang von Dauer (*in the long run*) und Gerechtigkeit s. auch Fn. 67.

¹⁷² BVerfGE 123, 186 (266) – Basistarif –: Beobachtungspflicht des Gesetzgebers, ob die Neuregelungen in ihrem kumulativen Zusammenwirken zu einer „Auszeehrung“ des Hauptgeschäfts der PKV führen werden.

4. Verhinderung von Missbrauch

Wenn es klare Regeln gibt, dürfte sich übrigens ein Großteil des Problems „Verhinderung von Missbrauch“ von selbst erledigen. Zwar gibt es, wie gesagt, immer dieselben Schurken, uns selbst bei passender Gelegenheit eingeschlossen.¹⁷³ Aber man kann die Gelegenheiten zum Missbrauch¹⁷⁴ durch klare Regeln reduzieren, Regeln, die nicht zur Manipulation einladen, ja deren Missbrauch nicht geradezu Anerkennung provoziert (ich denke an die gewöhnliche Steuerhinterziehung, an den Volkssport Versicherungsbetrug und natürlich auch an manchen Drittmittelantrag).

V. Schlussbemerkung

Aber ist all dies, um zum Schluss zu kommen, nicht trivial? Und ist es nicht allzu bequem, nach besseren Gesetzen zu rufen? Vielleicht ist es nicht völlig trivial, den Gesetzgeber, wenn er denn wirklich *Recht* setzen will, daran zu erinnern: Es ist *nicht* seine Aufgabe – nicht *seine* Aufgabe –, Güter gerecht zu verteilen – Güter sind eben *immer* knapp (sonst wären es keine Güter) und daher immer ungerecht verteilt. Aufgabe des Gesetzgebers ist es vielmehr nur, die Verteilungsmechanismen im Gesundheitswesen halbwegs berechenbar zu machen und dadurch letztlich die Richtigen zu schützen. Denn,

These 15: Der Schutzauftrag des Rechts besteht im Gesundheitswesen wie auch überall sonst darin, die Guten, Ehrlichen, Maßvollen zu belohnen und die Bösen, Dreisten, Unmäßigen zu bestrafen. Wahrscheinlich lassen sich nur auf diese Weise, d. h. durch mehr Recht, die Verteilungsprobleme „nachhaltig“ lösen.

Die Guten, Ehrlichen, Maßvollen werden es nämlich einsehen, dass es keine unbegrenzten Ressourcen gibt und es deshalb auch keinen un-

¹⁷³ ... und es wäre vielleicht lohnend, einmal eine Typologie der üblichen Schurken des Gesundheitswesens zu entwerfen.

¹⁷⁴ Missbrauch im größten Stil ist es natürlich, wenn die Regeln maßgeblich von denen gesetzt werden, denen sie Vorteile bringen. Beispielsweise ist das Verfahren der Zulassung neuer Arzneimittel nach dem AMG vielleicht deshalb so verkompliziert worden, weil sich den Aufwand dann nur noch die großen Pharmaunternehmen leisten können, so der Leserbrief von A. Ganzer Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 11. 5. 2010, 10. – Zum Bereich der Regelimplementierung G. Schott/K. Lieb/W.-D. Ludwig, Finanzierung von Arzneimittelstudien durch pharmazeutische Unternehmen und die Folgen, DÄBl. 2010, 279 (Teil 1), 295 (Teil 2): Häufig seien die Ergebnisse zu Gunsten des Geldgebers geschönt.

begrenzten Anspruch auf Leistungen geben kann. Sie werden einsehen, dass es eine Grenze gibt, jenseits derer es keine Ungerechtigkeit, sondern Schicksal ist,¹⁷⁵ wenn es gegen eine Krankheit kein Mittel gibt oder auch: kein für jeden erschwingliches Mittel, insbesondere Wundermittel¹⁷⁶. Ich habe den festen Glauben, dass die allermeisten Menschen zu diesen Guten, Ehrlichen und Maßvollen gehören¹⁷⁷ – wenn man sie denn hinreichend vor den anderen schützt.

Keine Lösung der Probleme des Gesundheitswesens ist jedenfalls zu erhoffen von der Wirtschaft oder der medizinischen Wissenschaft. Die Ökonomie kann Güter nicht unbegrenzt vermehren (außer vielleicht Geld, aber das rächt sich), sie kann auch nicht unbegrenzt Kosten reduzieren. Die medizinische Wissenschaft erzeugt zwar mehr potentielle „Gesundheitsgüter“, aber nicht mehr Geld, um sie bezahlen, und verschärft dadurch das Problem. Das gleiche gilt für die Politik jedenfalls solange, wie sie es als unvermeidlich darstellt, dass die Kosten des Gesundheitssystems immer weiter steigen müssten.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Zu dieser wichtigen Unterscheidung *J. N. Shklar* *The Faces of Injustice*, 1990, dt. *Über Ungerechtigkeit*, 1992.

¹⁷⁶ Im Grunde war dies die Hauptfrage im sog. Nikolausbeschluss BVerfGE 115, 25 – Bioresonanztherapie – (Fn. 8): Müssen die Krankenkassen die Kosten einer Heilmethode ersetzen, die vom Gemeinsamen Bundesausschuss (s.o. II 3 b dd) nicht anerkannt wurde, weil sie wissenschaftlich dubios ist? Das BVerfG hat dies bejaht, wenn der Versicherte an einer lebensgefährlichen Krankheit leidet und Linderung durch die neue Methode nicht ausgeschlossen erscheint. Zur Kritik daran s. den Zweitbericht von *Kingreen*, in diesem Band. – Hinzugefügt sei: Man sollte sich klar machen, dass Hauptschurke in diesem Fall wohl der Wunderheiler ist, der die Angst Todkranker ausnutzt, um ihnen zu weit überhöhten Preisen ein bisschen Hoffnung zu verkaufen.

¹⁷⁷ Oder wenn man so will: zu den *Gerechten* – so dass unsere Untersuchung, wie bei *Platon* und *Aristoteles*, letztlich mit der Gerechtigkeit als persönlicher Eigenschaft, als Tugend – *iustitia universalis* – endet.

¹⁷⁸ So etwa *Söder* (Fn. 54), 76.

Leitsätze des I. Referenten über:

Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen

I. Vorüberlegungen

These 1: Knappheit und Gerechtigkeit sind Kurzformeln dafür, dass die Verteilung von Gütern unvollkommen ist, genauer: dass sie unserem Wunsch nach einer besseren Welt widerspricht.

These 2: Gesundheit ist primär nicht ein öffentliches, sondern ein privates Gut. Was Krankheit und die nötige Vorsorge gegen Krankheit sind, ist relativ – ebenso wie Armut.

II. Befund: Verteilungskämpfe im „Gesundheitswesen“

These 3: Das Gesundheitswesen ist kein einheitliches Gebilde, es gliedert sich sowohl auf der Leistungsseite als auch auf der Finanzierungsseite in Sektoren. Gegenwärtig ist das Gesundheitswesen gekennzeichnet durch eine Fülle von Verteilungskämpfen an den Sektorengrenzen.

These 4: Auf Seiten der Finanzierung streiten die beiden Sektoren der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung (GKV und PKV) um die „guten Risiken“. Der Versuch, die schlechten Risiken dem jeweils anderen Sektor zuzuschieben, wirkt gelegentlich kleinkrämerisch.

These 5: Auf Seiten der Leistungserbringung ist das Gesundheitswesen weder ein Markt noch eine zentrale Planwirtschaft. Sein Wirtschaftssystem lässt sich beschreiben als ein neofeudales System der Beuteverteilung auf Gegenseitigkeit.

These 6: Die wichtigsten Ressourcen im Gesundheitswesen sind Zeit und Arbeitskraft der Ärzte und das Geld der Patienten. Es besteht die Tendenz, Verteilungskämpfe auf deren Kosten zu führen.

III. Diagnose: Ein System kleiner Ungerechtigkeiten

These 7: Unter rechtsethischem Aspekt lässt sich das Gesundheitswesen als ein System kleiner Ungerechtigkeiten beschreiben.

These 8: Das Ungerechte am Nebeneinander von privater und gesetzlicher Krankenversicherung (PKV und GKV) besteht darin, dass das „Gesundheitswesen“ uns nicht als ein Volk von Freien und Gleichen nimmt, sondern als eine Masse von Schutzbedürftigen plus eine Elite von Tüchtigeren.

These 9: In einem System der Beuteverteilung auf Gegenseitigkeit gibt es keine Gerechtigkeit. Verteilungsgerechtigkeit ohne Erwirtschaftungsgerechtigkeit ist Ausbeutung.

These 10: Im „Gesundheitswesen“ muss klar sein, welches Risiko angesichts der Gefahr, krank zu werden, abgesichert werden soll: das allgemeine Lebensrisiko oder je spezielle Risiken. Gerecht wäre entweder eine echte Versicherung, die allen offensteht und dabei individuelle Risiken berücksichtigt; oder aber eine Absicherung des allgemeinen Lebensrisikos durch eine im Grunde risikounabhängige Finanzierung des Gesundheitswesens.

IV. Therapie: Mehr Recht (iustitia legalis)!

These 11: Im Rahmen des Sozialstaatsprinzips sind zu unterscheiden: das Soziale unter Gleichen, genannt Solidarität („einer für alle, alle für einen“), und das Soziale unter Ungleichen, genannt Fürsorge oder Mildtätigkeit („vergelt's Gott“).

These 12: Die geplanten Modelle zur Reform der Finanzierung des Gesundheitswesens („Bürgerversicherung“, „Gesundheitsprämie/Kopfpauschale“) sind im Grundsatz allesamt mit der Verfassung vereinbar.

These 13: Gegen die Zwangsmitgliedschaft in den gesetzlichen Krankenkassen ist spätestens seit dem 1. 1. 2010 die negative Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG einschlägig.

These 14: Wenn und weil die zu verteilenden Mittel knapp sind, müssen die Mitglieder aller Zwangskörperschaften einen – einfachrechtlich ausgestalteten – Anspruch auf Transparenz (Rechnungslegung) haben.

V. Schlussbemerkung

These 15: Der Schutzauftrag des Rechts besteht im Gesundheitswesen wie auch überall sonst darin, die Guten, Ehrlichen, Maßvollen zu belohnen und die Bösen, Dreisten, Unmäßigen zu bestrafen. Wahrscheinlich lassen sich nur auf diese Weise, d. h. durch mehr Recht, die Verteilungsprobleme nachhaltig lösen.